K 43 9/249

R 439/249

К 439/249

# О

# МѢРѢ НАКАЗАНІЙ.

Императорскаго Московскаго Университета
Ординарнаго Профессора

**Сергія Баршева.**

№ 18165
30-VII-1930

МОСКВА.
Въ Университетской Типографіи.
1840.

Печатать позволяется

съ тѣмъ, чтобы по отпечатаніи представлено было въ Ценсурный Комитетъ узаконенное число экземпляровъ. Москва, Марта 14 го дня 1840 года.

*Ценсоръ И. Крыловъ.*



# ПРЕДИСЛОВІЕ.

Въ наше время есть, уже и у насъ, conditio, sine qua non, всякаго преподавателя, изданіе какого нибудь сочиненія по предмету, имъ преподаваемому, которымъ онъ долженъ, такъ сказать, легитимировать себя къ дѣлу. Уступая этой необходимости, я издаю мой трудъ тѣмъ охотнѣе, что надѣюсь, чрезъ то, быть въ нѣкоторомъ отношеніи полезнымъ, по крайней мѣрѣ, для моихъ слушателей. Такимъ образомъ я снимаю съ нихъ часть труда, который они должны употреблять на то, чтобы писать и переписывать мои лекціи. Со временемъ надѣюсь и совершенно избавить ихъ отъ этаго труда потому, что предполагаю издать мало по малу полный курсъ моихъ лекцій по Уголовному Праву. — Въ издаваемомъ сочиненіи предлагаю на судъ публики мое исповѣданіе, котораго держусь въ этой наукѣ.

*Сочинитель.*

Ein Gleichmaass herscht durch die Welt der Natur und Frey-heit. Der Mensch leidet, was er verdient. Darauf ist seine, wie aller Wesen Natur gegründet, darauf ist er angewiesen im Erkennen und Handeln. Richter, das philosophische Strafrecht. Leipzig 1829. s. 2.

# О МѢРѢ НАКАЗАНІЙ.

I. Между средствами, которыя употребляются для наказанія преступленій, существуетъ извѣстная постепенность. Вопервыхъ, онѣ неодинаково тяжки уже и потому, что неодинаково важны тѣ блага, которыхъ человѣкъ можетъ быть лишаемъ въ наказаніе (1). Но, и независимо отъ этаго внутренняго различія, онѣ могутъ имѣть неодинаковую степень тяжести и по другимъ чисто случайнымъ причинамъ, напримѣръ по различію степени лишенія, способа употребленія, времени продолженія, и т. д. (2). Отсюда открывается, что эти средства не должны быть употребляемы безъ разбора, но что, всякій разъ, какъ скоро идетъ дѣло о назначеніи наказанія за преступленіе, изъ нихъ, съ строгою осмотрительностію, должно быть избираемо именно то, которое наиболѣе приличествуетъ преступленію. Мо-

менты, на соображеніи которыхъ опредѣляется, какое наказаніе прилично преступленію, называются, въ ихъ совокупности, мѣрою наказанія (3).

II. Ученіе о мѣрѣ наказаній состоитъ въ тѣсной связи съ ученіемъ о существѣ наказанія. Но относительно этаго послѣдняго предмета, криминалисты совершенно несогласны между собою; неудивительно, поэтому, что и о мѣрѣ наказаній они разсуждаютъ весьма различно (4).

1. Вопервыхъ защитники т. н. относительныхъ теорій, которые видятъ въ наказаніи только средство къ извѣстной цѣли, какъ напр. къ предупрежденію преступленій, къ устрашенію отъ нихъ, къ исправленію преступника, къ самозащищенію отъ опасности, возникающей, будто бы, изъ преступленія для Государства и т. д. всѣ единогласно утверждаютъ, что этими же самыми цѣлями должно измѣрять и то, какъ велико должно быть наказаніе за преступленіе. То наказаніе, по ихъ словамъ, и прилично преступленію, которое ведетъ къ предположенной цѣли. Эту общую всѣмъ имъ мысль они выражаютъ, впрочемъ, различно, по различію принимаемыхъ ими цѣлей наказанія (5). Изъ мнѣній этаго рода особенно замѣчательны два:

а). Первое мнѣніе принадлежитъ защитникамъ теоріи предупрежденія. По началамъ этой теоріи наказаніе служитъ для Государства средствомъ предупрежденія преступленій. Но главнѣйшій источникъ преступленій заключается въ чувственности, которая увлекаетъ человѣка къ преступленію, обѣщая ему извѣстную выгоду или извѣстное наслажденіе. Слѣдовательно, чтобы наказаніе могло удерживать отъ преступленій, необходимо, чтобы оно было всегда на одну степень болѣе, нежели та выгода или то наслажденіе, которыя увлекли человѣка къ преступленію. Болѣе оно должно быть потому, что кромѣ выгоды и наслажденія, человѣкъ увлекается къ преступленію и надеждою не быть открытымъ и избѣжать заслуженнаго наказанія. Слѣдовательно, если бы наказаніе было только равно выгодѣ или наслажденію отъ преступленія, то для человѣка было бы болѣе побужденій совершать, нежели не совершать преступленіе (6).

Такимъ образомъ, на основаніи этаго мнѣнія, наказаніе, приличное преступленію, находится, когда обращается вниманіе на ту выгоду или наслажденіе, которыхъ преступникъ ожидаетъ отъ преступленія. — Противъ него весьма справедливо замѣчаютъ слѣдующее: 1) Если бы наказаніе измѣрялось, въ каждомъ случаѣ, только на соображе-

нін возможной выгоды или наслажденія отъ преступленія, то иногда должно бы было наказывать самымъ легкимъ образомъ тяжкія преступленія, и наоборотъ, назначать тяжкое наказаніе за легкія преступленія. — Человѣка, который совершаетъ смертоубійство или измѣняетъ Государству за малую плату, должно бы было, по этой теоріи, очевидно, подвергнуть самому легкому наказанію потому, что выгода, которую онъ получаетъ отъ преступленія, маловажна. Если и возвысить его на одну степень противъ получаемой имъ выгоды, то, и въ этомъ случаѣ, оно не могло бы быть тяжкимъ (7). Между тѣмъ и самый здравый смыслъ говоритъ, что подобнаго преступника и надо наказать особенно тяжко. Еще понятно, что человѣкъ можетъ рѣшиться на такое гнусное дѣло, каково смертоубійство или Государственная измѣна, когда ему предлагаютъ за то большія выгоды. Тогда корысть можетъ заглушить въ немъ голосъ совѣсти и обольстительная надежда обогатиться за одинъ разъ тогда, какъ это обыкновенно стоитъ продолжительныхъ, постоянныхъ трудовъ, въ состояніи поколебать и еще не совсѣмъ развращеннаго человѣка. Но продать себя за ничтожную плату, согласиться быть убійцею или измѣнникомъ за маловажную сумму, можетъ только закоренѣлый злодѣй, бандитъ и мошенникъ, которые живутъ убійствомъ и измѣною и торгуютъ преступленіемъ, доволь-

ствуясь и большимъ и малымъ прибыткомъ, смотря по обстоятельствамъ. Примѣры, которые повидимому противорѣчатъ этому, принадлежатъ къ числу самыхъ рѣдчайшихъ исключеній и даже большею частію не могутъ быть расматриваемы, и какъ исключенія. Иногда и человѣкъ, не совсѣмъ порочный, совершаетъ преступленіе тяжкое изъ малой выгоды; но если всмотрѣться ближе, то тотчасъ откроется, что эта выгода для него совсѣмъ не такъ мала, какъ то представляется съ перваго взгляда. На прим. если человѣкъ бѣдный убиваетъ, чтобы овладѣть сотнею рублей, то эта выгода, малая сама въ себѣ, значительна для него. Но говоря собственно, на тяжкое преступленіе, изъ малой выгоды, можетъ рѣшиться только тотъ, кто уже такъ привыкъ къ преступленію, что готовъ и на самое тяжкое, какъ бы ни незначительна была выгода отъ него (7). Но съ другой стороны, если бы измѣрять наказаніе только степенью выгоды, которую доставляетъ преступленіе, то надлежало бы, и наоборотъ, самымъ строгимъ образомъ наказывать такія преступленія, которыя всего болѣе извинительны. Человѣкъ, который воруетъ, чтобы не умереть съ голода или чтобы поддержать существованіе семейства, готоваго погибнуть голодною смертію, и прибѣгаетъ къ этому средству въ самой величайшей крайности, очевидно, имѣетъ самой большой инте-

ресъ въ преступленіи. Слѣдовательно, по началамъ этой теоріи, его надлежало бы подвергнуть самому мучительному наказанію, но онъ-то, напротивъ, и заслуживаетъ пощаду. Дайте этому человѣку средства къ честному пропитанію или содержанію семейства и онъ навѣрное не повторитъ совершеннаго имъ преступленія, котораго гнушается самъ и на которое его вынудила только крайняя нужда. Но кромѣ того 2) этотъ способъ измѣренія наказанія не можетъ годиться для всѣхъ преступленій. Есть преступленія, которыя не доставляютъ человѣку не только никакой выгоды, но и наслажденія. Какъ же измѣрять наказаніе въ этихъ случаяхъ? Или не долженъ ли тогда преступникъ оставаться безъ всякаго наказанія? Слѣдовательно, кто богохульствуетъ въ худомъ расположеніи духа, того должно оставить безъ всякаго наказанія (8)? Удивительно, какъ можно серьёзно защищать такое мнѣніе, котораго нелѣпость такъ очевидна. Но принявши однажды, что наказаніе есть средство предупреждать преступленія, и высказавши, что ихъ источникъ заключается только въ чувственной выгодѣ или наслажденіи, защитники этой теоріи, идя прямо по пути, ими избранному, необходимо должны были дойти до него. Такъ одно заблужденіе всегда ведетъ къ другому!

б). Болѣе благовидно другое мнѣніе, составленное въ этомъ же духѣ; но болѣе ли оно основательно, увидимъ тотчасъ. Это мнѣніе состоитъ въ томъ, что единственная мѣра наказанія есть опасность, которою преступленіе угрожаетъ Государству. Своимъ происхожденіемъ оно одолжено Фейербаху (9), но лучше всего высказано Клейнгродомъ. Клейнгродъ говоритъ: при назначеніи наказанія за преступленіе должно главнымъ образомъ смотрѣть на то, въ какой степени оно опасно для Государства. Степень этаго нападенія на Государство и есть, по его словамъ, настоящая мѣра наказанія. Когда хотятъ кого наказать, то прежде всего спрашиваютъ, заслуживаетъ ли его дѣйствіе наказанія? Потомъ идутъ далѣе и разсматриваютъ, какое оно имѣетъ отношеніе къ общественному благосостоянію или, что тоже, что терпитъ отъ того Государство, что это дѣйствіе совершено. Этотъ пунктъ и служитъ потомъ мѣрою наказанія. Отсюда открывается, что степень наказанія не опредѣляется степенью виновности (ближайшимъ образомъ). Виновность (dolus и culpa), показываютъ, правда, что дѣйствіе должно подлежать наказанію, но какому? Это не открывается изъ нихъ. Виновность мы предполагаемъ, какъ условіе, безъ котораго наказаніе невозможно. Но если она доказана, то за этимъ должно слѣдовать опредѣленіе наказанія по степени

опасности. Но говорятъ, если виновность не есть ближайшая мѣра наказанія, то къ чему увеличивать и уменьшать его по различію виновности? Это легко объяснить. Кто менѣе виновенъ, тотъ менѣе и опасенъ для Государства, слѣдовательно долженъ подлежать меньшему наказанію, и наоборотъ, кто болѣе виновенъ, тотъ болѣе и опасенъ, слѣдов. заслуживаетъ большее наказаніе. Говорятъ далѣе, если наказаніе должно быть измѣряемо степенью опасности, степенью вреда общественнаго, то оно не есть еще справедливо. Легко можетъ случиться, что виновность маловажна, а опасность велика. Неужели же, въ этомъ случаѣ, должно подвергать преступника тяжкому наказанію? Но если виновность не велика, то и опасность не велика, и вредъ, который терпитъ Государство, незначителенъ, слѣдоват. и наказаніе не должно быть большое. Заключеніе, которое дѣлаютъ, несправедливо, когда говорятъ, въ какой мѣрѣ преступленіе вредно и опасно для Государства, въ такой мѣрѣ и виновенъ преступникъ, слѣдовательно столько долженъ терпѣть и наказанія. Напротивъ, должно говорить такъ: вина преступника такъ велика, что она въ такой мѣрѣ угрожаетъ опасностью Государству и такой причиняетъ вредъ, что именно это, а не другое наказаніе необходимо для возстановленія законнаго порядка и защищенія нарушеннаго права (10).

Это мнѣніе 1) основывается на томъ ложномъ предположеніи, что будто всякое преступленіе угрожаетъ опасностію Государству. Если это и можетъ быть сказано, то только по отношенію къ преступленіямъ злонамѣреннымъ и то не вообще, но когда онѣ слишкомъ умножаются и совершаются открытою силою (11). Преступленія же неосторожныя, особенно тѣ, которыя совершаются по несчастному стеченію обстоятельствъ и о которыхъ нельзя и съ вѣроятностію только сказать, чтобы онѣ когда нибудь повторились, рѣшительно неопасны для Государства. Даже и изъ злонамѣренныхъ тѣ, которыхъ источникъ заключается въ крайней нуждѣ и бѣдности, не заключаютъ въ себѣ совершенно никакой опасности для Государства. Притомъ 2) когда разсматриваютъ наказаніе, какъ средство защищенія отъ опасности, то, очевидно, смѣшиваютъ его съ мѣрами охраненія, отъ которыхъ оно различно. Наказаніе падаетъ, обыкновенно, на дѣйствія уже совершенныя, а мѣрами охраненія отвращается опасность, которая угрожаетъ еще въ будущемъ. Защищать отъ опасностей, обязана полиція, а наказаніе есть дѣло уголовной юстиціи. Это, слѣдовательно, явное смѣшеніе различныхъ Государственныхъ учрежденій между собою, когда наказаніе разсматриваютъ, какъ средство защищенія отъ опасности (12). Но если бы 3) и

было справедливо, что всякое преступленіе угрожаетъ опасностію Государству, то, и въ этомъ случаѣ, опасность не могла бы быть настоящею мѣрою наказанія. Понятіе объ опасности не есть отрѣшенное и необходимое, но относительное и зависитъ обыкновенно отъ многихъ случайныхъ условій. Отъ этаго не только въ различныхъ случаяхъ, но и въ одномъ и томъ же случаѣ она можетъ быть весьма различна. Возьмемъ для примѣра какое нибудь преступленіе, самое обыкновенное, наприм. воровство; оно можетъ быть и опасно и неопасно. Опасно, если случается часто, если полиція такъ небдительна и неискусна, что не умѣетъ открывать воровъ; напротивъ, если оно случается чрезвычайно рѣдко, рѣдко и укрывается отъ бдительности полиціи, тогда его уже нельзя считать опаснымъ. Слѣдовательно, если измѣрять наказаніе за преступленіе только степенью опасности, то его надлежало бы возвышать и понижать по такимъ причинамъ, которыя не имѣютъ никакой связи съ преступленіемъ. Но 4) опасность, которою преступленіе угрожаетъ Государству, у Клейншрода, одно съ вредительностію. Положимъ, что это справедливо, что опасность и вредительность синонимы (хотя это явное смѣшеніе понятій), и въ этомъ случаѣ опасность не становится лучшимъ масштабомъ наказанія. Иногда и самое тяжкое преступленіе, о которомъ и

самая мысль приводитъ въ трепетъ даже и еще не совсѣмъ развращеннаго человѣка, не заключаетъ въ себѣ большой опасности для Государства и если и причиняетъ большой вредъ, то только частнымъ людямъ. Таково напр. отцеубійство. Если бы отцеубійство было опасно, то всѣ отцы, слыша объ этомъ преступленіи, должны бы были трепетать за свою жизнь и видѣть въ дѣтяхъ возможныхъ убійцъ, но они, обыкновенно, остаются покойны. Самая тяжесть преступленія есть достаточная для нихъ гарантія неприкосновенности ихъ жизни. Неужели же отцеубійцы должны быть наказываемы легко? Они не угрожаютъ опасностію Государству и не причиняютъ ему никакого вреда (13)? Но и маловажное преступленіе можетъ быть, наоборотъ, чрезвычайно вредно для Государства. Неумышленный зажигатель, который сожигаетъ вдругъ нѣсколько домовъ, драгоцѣнныхъ зданій и т. д., содѣйствуетъ къ погибели многихъ людей, очевидно, причиняетъ величайшій вредъ Государству, и если зажигательство происходитъ отъ непростительнаго легкомыслія, то онъ и опасенъ для него, какъ такой человѣкъ, который и опять легко можетъ впасть въ подобное преступленіе. Слѣдов. его должно наказать самымъ строжайшимъ образомъ, строже, нежели отцеубійцу? Клейншродъ, правда, говоритъ, что если виновность менѣе, то и опасность

менѣе и вредъ незначительнѣе, и напротивъ, если виновность болѣе, то и опасность болѣе и вредъ важнѣе, слѣдов. и наказаніе, въ первомъ случаѣ, должно быть менѣе, а въ послѣднемъ болѣе, и что заключеніе, которое дѣлаютъ, когда говорятъ, — какъ вредно и опасно преступленіе, такъ велика и виновность, — несправедливо; но что должно, будто бы, говорить наоборотъ: эта вина въ такой мѣрѣ опасна и вредна для Государства, что она дѣлаетъ необходимымъ именно это, а не другое наказаніе. Но говоря это, онъ противорѣчитъ самъ себѣ. Непонятно, какимъ бы образомъ преступленіе могло быть менѣе вредно отъ того, что виновность преступника менѣе. Смертоубійство, напр. всегда одинаково вредно, какъ бы оно ни совершалось, злонамѣренно или незлонамѣренно, даже случайно. Поэтому-то всѣ древнія законодательства, которыя измѣряютъ степень наказанія степенью матеріальнаго вреда, и не дѣлаютъ никакого различія между убійствомъ умышленнымъ и неумышленнымъ, наказывая ихъ одинаково (14). Тоже должно сказать и о всѣхъ другихъ преступленіяхъ. Слѣдоват. мѣрою наказанія должна быть или опасность и вредъ, которые причиняются преступленіемъ или же виновность преступника. Такимъ образомъ и мнѣніе Клейнрода оказывается не болѣе справедливымъ, какъ и предъидущее.

Но и вообще никакая теорія, которая видитъ въ наказаніи только средство къ цѣли, не въ состояніи рѣшить удовлетворительно вопроса о мѣрѣ наказаній. Въ большей части изъ нихъ вопросъ этотъ даже совершенно лишній потому, что, если развивать послѣдовательно тѣ начала, на которыхъ онѣ основываются, то изъ нихъ прямо вытекаетъ, что при опредѣленіи наказанія за преступленіе, не должно наблюдать вовсе никакой мѣры. Это напр. прямо вытекаетъ изъ началъ теорій устрашенія и самосохраненія (15).

Теорія устрашенія требуетъ, чтобы законодатель, угрожая наказаніемъ, а судья, прилагая его къ данному случаю, отвращали отъ преступленій и для этаго всегда такъ бы назначали его, чтобы каждый гражданинъ страшился наказанія болѣе, нежели того неудовольствія, которое раждается изъ неудовлетворенія противозаконныхъ наклонностей (16). При опредѣленіи наказанія за преступленіе, они должны, поэтому, естественно обращать вниманіе, частію на тѣ лица, которыя должны быть имъ устрашены, а частію и на степень удовольствія отъ преступленія. Но въ какой мѣрѣ кто доступенъ для страха и какъ велика степень удовольствія, которое преступленіе доставляетъ преступнику, этаго рѣшить навѣрное не можетъ не только законодатель, но и

судья потому, что какъ не всѣ и всегда одинаково доступны для страха, такъ не всегда и не всякому и преступленіе доставляетъ одинаковое удовольствіе. Поэтому, чтобы не ошибиться въ расчетѣ при опредѣленіи наказанія за преступленіе, для нихъ всего вѣрнѣе, назначать за всѣ преступленія одно и то же наказаніе, т. е. самое жестокое потому, что къ цѣли устрашенія можетъ всего скорѣе вести только оно. Однимъ словомъ, слѣдовательно, все то, что деспотизмъ, невѣжество и безчеловѣчіе придумали когда либо для наказанія преступниковъ и надъ уничтоженіемъ чего трудятся новѣйшія законодательства, было бы, по теоріи устрашенія, самое цѣлесообразное, именно потому, что оно всего надежнѣе ведетъ къ общей цѣли устрашенія, и тотъ бы оказалъ величайшую услугу Государству, кто бы придумалъ наиболѣе ужасное наказаніе или изобрѣлъ для этаго какое либо, особенно мучительное орудіе потому, что такимъ образомъ онъ бы доставилъ ему возможность достигать цѣли уголовныхъ законовъ и по отношенію къ тѣмъ, которыхъ прежде оно ничѣмъ не могло устрашить (17). На эту честь не можетъ, впрочемъ, никто претендовать. Если человѣкъ рѣшается на преступленіе, то онъ всегда имѣетъ надежду избѣжать наказанія, которая не оставляетъ его и тогда, когда онъ даже неоднократно обманывается въ ней. Поэтому, какое бы

ни придумали наказаніе за преступленіе, пусть самое возмутительное, но если оно не отнимаетъ у человѣка физической возможности къ совершенію преступленія, то не отвратитъ его отъ него. Слѣд. по теоріи устрашенія, одна только смертная казнь, которая дѣлаетъ для человѣка преступленіе физически невозможнымъ, и можетъ быть разсматриваема, какъ самое цѣлесобразное средство наказанія (18). Итакъ, вмѣсто того, чтобы говорить о мѣрѣ наказаній, защитники теоріи устрашенія поступили бы несравенно послѣдовательнѣе, если бы, вмѣстѣ съ Дракономъ, стали утверждать, что самый цѣлесообразнѣйшій уголовный кодексъ есть тотъ, въ которомъ за всѣ вообще преступленія угрожается смертною казнію (19), но и тогда бы они достигли ихъ цѣли только по отношенію къ самому преступнику, но не истребили бы совершенно преступленій потому, что и смертная казнь не имѣетъ столько психологическаго принужденія, чтобы она могла непремѣнно отнимать охоту къ преступленіямъ. Иначе бы ее никогда не приводили въ исполненіе и Государства, которыя, руководствуясь системою терроризма, назначаютъ и за малыя преступленія, напр. за воровство, эту казнь, считали бы между своими членами по крайней мѣрѣ наименьшее число преступниковъ, чего однакожъ не показываетъ опытъ (20).

Тоже самое должно сказать и о теоріи самосохраненія. По началамъ этой теоріи, Государство, наказывая преступника, ведетъ съ нимъ оборонительную войну, отражая силу силою. Оно видитъ въ немъ открытаго врага, который посягаетъ на его существованіе. Поэтому его право наказывать преступника безпредѣльно, точно такъ же, какъ безпредѣльно право самозащищенія частнаго человѣка, который находится въ состояніи необходимой обороны. Если оно и ограничивается, то развѣ правилами благоразумія, которое велитъ соразмѣрять отраженіе съ нападеніемъ. Но эта граница нарушается легко отъ того, что кто защищается отъ нападенія, тѣмъ управляетъ страхъ, который обыкновенно увеличиваетъ опасность (21). Отсюда открывается само собою, каково бы долженствовало быть наказаніе, если бы оно употреблялось Государствомъ только, какъ средство самосохраненія. Оно наказываетъ преступника не потому, что его преступленіе заслуживаетъ наказаніе, но для того, чтобы обезопасить свое существованіе отъ врага; но этой цѣли оно можетъ достигнуть несомнѣнно, только уничтоживши его. Что же можетъ препятствовать ему всякой разъ прямо прибѣгать къ этому средству? Между нимъ и преступникомъ нѣтъ никакого правоваго отношенія, слѣдовательно оно

можетъ поступать съ нимъ совершенно произвольно. Не дѣлать этаго, можетъ заставить его уваженіе къ самому себѣ, къ своимъ гражданамъ и къ другимъ Государствамъ, но не право преступника, совершенно безправнаго. Напротивъ, поступать съ нимъ такъ, слѣдов. и уничтожать его, оно имѣетъ полную власть всегда, какъ скоро считаетъ, что никакое другое средство недостаточно для защиты отъ него. И такъ какъ имъ управляетъ страхъ за свое существованіе, то и легко можетъ случиться, что оно всего чаще будетъ прибѣгать къ самому крайнему средству, которое одно только и доставляетъ совершенную безопасность (22). Тщетно говорятъ противъ этаго защитники теорій устрашенія и самосохраненія, что Государство должно быть бережливо въ наказаніи преступленій потому, что для него еще выгоднѣе сберегать гражданъ, нежели наказывать преступленіе (23). Говоря это, они сами подрываютъ свои теоріи, которыя никакъ не могутъ быть примирены съ этою бережливостію. Притомъ, такой меркантильный расчетъ или сравненіе выгодъ и невыгодъ наказанія явно противорѣчитъ разсудку, который требуетъ, чтобы преступникъ, независимо отъ всѣхъ расчетовъ, былъ наказываемъ такъ, какъ онъ заслужилъ это своими дѣлами (24).

2) Это требованіе и есть именно то, чѣмъ хотятъ измѣрять наказаніе другіе писатели, — послѣдователи т. н. отрѣшенныхъ теорій, которые, въ противоположность защитникамъ теорій относительныхъ, видятъ въ наказаніи не средство къ цѣли, но необходимое послѣдствіе преступленія по закону возмездія, въ которомъ осуществляется идея справедливости (25). Гражданское наказаніе, говоритъ Кантъ, которымъ прежде всѣхъ другихъ высказана теорія возмездія, не можетъ быть только средствомъ къ цѣли для Государства или и для самаго преступника, но должно быть назначаемо всегда единственно потому, что преступленіе совершено; въ противномъ случаѣ, человѣкъ могъ бы быть употребляемъ, какъ средство къ цѣли, на-ряду съ другими тварями, противъ чего его защищаетъ прирожденная ему личность. Законъ уголовный есть категорическій императивъ, который долженъ быть выполненъ, независимо отъ всякихъ расчетовъ. Но какимъ же началомъ должно быть измѣряемо гражданское наказаніе? Начало это есть равенство или возмездіе, которое одно только и можетъ опредѣлить точно количество и качество наказанія (26).

Теорія Канта уже и съ перваго взгляда рекомендуетъ себя болѣе всѣхъ другихъ потому, что

она и несравненно проще и ближе всѣхъ другихъ къ нашему сознанію. Дѣйствительно, какъ божеское правосудіе, и по сю и по ту сторону гроба, мы не можемъ представить себѣ иначе, какъ праведное воздаяніе за наши свободныя дѣйствія, такъ и съ человѣческимъ преступникъ совершенно примиряется только тогда, когда видитъ въ немъ справедливое возмездіе за свои свободныя дѣйствія (27). Одинъ лошадиный воръ, котораго за это приговорили къ висѣлицѣ, отозвался приговорившему его Англійскому мирному судьѣ, что онъ считаетъ слишкомъ жестокимъ, осудить человѣка на смерть только за то, что онъ укралъ лошадь. »Бездѣльникъ, отвѣчалъ ему на это судья, тебя вѣшаютъ не за то, что ты укралъ лошадь, но для того, чтобы другіе не воровали.« Судья держался, видно, теоріи устрашенія, но ему безъ сомнѣнія не удалось своимъ отвѣтомъ совершенно успокоить бѣднаго преступника и переувѣрить его, что его наказываютъ не болѣе, нежели сколько онъ заслужилъ. Такъ бываетъ и всегда и вездѣ. Мысль о наказаніи, какъ о возмездіи, такъ глубоко напечатлѣна въ сознаніи человѣка, что и тогда, когда бы ему удалось прежде увѣрить себя въ несправедливости этой мысли, въ минуту, когда наказаніе должно быть выполнено надъ нимъ самимъ, онъ обыкновенно не видитъ въ немъ ничего болѣе, кромѣ возмездія. Человѣкъ, хотя и видитъ, что со-

стоитъ въ чрезвычайно большой зависимости отъ внѣшнихъ впечатлѣній и обстоятельствъ, но въ то же самое время сознаетъ и то, что можетъ возвышаться надъ ними и избирать свободно между добромъ и зломъ. Поэтому, если онъ чувствуетъ за собою вину, то съ радостію подвергается всякому наказанію и даже иногда, гонимый собственною совѣстію, требуетъ его, какъ благодѣянія, которое должно примирить его съ самимъ собою и другими. Но за то, съ другой стороны, онъ хочетъ, чтобы между наказаніемъ и виною была строгая соразмѣрность, недостатокъ которой возмущаетъ его, какъ несправедливость и произволъ. Тщетно указываютъ ему, въ этомъ случаѣ, на законъ писанный, который, завѣдомо всѣмъ, соединяетъ съ преступленіемъ несоразмѣрное наказаніе и условливаетъ такимъ образомъ одно другимъ, — и этотъ жестокій законъ онъ сравниваетъ съ вѣчнымъ закономъ справедливости, который неизгладимо насажденъ въ душѣ человѣка и осуждаетъ его за уклоненіе отъ этаго. Но и еще менѣе примиряютъ человѣка съ несправедливымъ наказаніемъ, когда говорятъ, что строго правосуднымъ можетъ быть только одинъ Богъ, которому открыты самые сокровенные помыслы человѣка, слѣд. извѣстны и внутренніе мотивы всякаго человѣческаго дѣйствія, но не судья-человѣкъ, который не имѣетъ дара, подобно Всевѣду-

щему; проникать во глубину сердца человѣческаго и по необходимости судить о дѣйствіяхъ человѣческихъ только по ихъ внѣшнимъ послѣдствіямъ, весьма часто несостоящимъ ни въ какой связи съ внутренними мотивами. Мало того, что этотъ способъ оправданія заключаетъ въ себѣ самую горькую насмѣшку и оскорбленіе священнѣйшаго права человѣка, отвѣчать за свои дѣйствія только въ той мѣрѣ, въ какой онѣ состоятъ въ связи съ его свободною волею, — онъ и не послѣдователенъ. — Если уголовный судья долженъ изслѣдывать и оцѣнивать одинъ только внѣшній фактъ и опредѣлять степень наказанія только по внѣшнимъ послѣдствіямъ преступленія, то что за нужда условливать возможность наказанія его отношеніемъ къ свободной волѣ дѣйствующаго, какъ то дѣлаютъ всѣ криминалисты безъ различія теорій? Къ чему назначать различно не только степень, но и видъ и родъ наказанія смотря потому, какъ совершено преступленіе, злоумышленно или незлоумышленно, и если оно совершено многими, — всѣ ли имѣли одинаковый интересъ въ его совершеніи или нѣтъ? Для чего наказывать уже и простое покушеніе, которое осталось безъ всякихъ вредныхъ послѣдствій? Зачѣмъ, наконецъ, возвышать и понижать наказаніе во уваженіе особенныхъ обстоятельствъ, которыми сопутствуется преступленіе и которыя, хотя и измѣняютъ степень ви-

новности преступника, но нисколько не увеличиваютъ или не уменьшаютъ вредныхъ послѣдствій преступленія (28)? Правда, ограниченному взору судьи-человѣка не предоставлено, подобно Богу, проникать во глубину сердца человѣческаго, и если онъ судитъ о внутреннемъ достоинствѣ человѣческихъ дѣйствій, то обыкновенно дѣлаетъ заключеніе отъ внѣшняго къ внутреннему; но всевѣденіе Божеское и не нужно для него потому, что отъ него требуется только то, чтобы онъ былъ правосуденъ, сколько то возможно человѣку. И то уже должно быть утѣшительно для преступника, что судья употребляетъ всѣ зависящія отъ него способы, чтобы быть, сколько возможно для человѣка, правосуднымъ, и если это иногда не удается ему, то и въ этомъ случаѣ, горечь положенія преступника значительно услаждается тѣмъ, что онъ знаетъ, что терпитъ незаслуженное наказаніе не отъ произвола, на который уполномочиваетъ судью самъ законъ, но отъ общаго всѣмъ человѣческимъ учрежденіямъ несовершенства (29). Когда говорятъ, что наказаніе должно быть измѣряемо не степенью виновности, но внѣшними случайными цѣлями, то вмѣстѣ утверждаютъ, что право Государства наказывать преступника безпредѣльно такъ, что оно можетъ, когда находитъ нужнымъ, и за малое преступленіе назначать тяжкое наказаніе (30). Но

такимъ образомъ, очевидно, унижаютъ человѣка до скота и лишаютъ наказаніе всякаго разумнаго значенія для преступника (31). Напротивъ, когда требуютъ, чтобы преступникъ терпѣлъ ни болѣе, ни менѣе того, что онъ заслужилъ своими дѣлами, тогда уважаютъ въ немъ достоинство человѣка, которое не уничтожается и самыми гнусными преступленіями отъ того, что человѣкъ, какъ бы глубоко ни палъ, всегда можетъ опять встать (32). Но говорятъ далѣе, если и судья, оцѣнивая преступное дѣйствіе, долженъ обращать вниманіе на его мотивы, то не смѣшивается ли такимъ образомъ вмѣненіе юридическое съ вмѣненіемъ нравственнымъ (33)? Если вмѣняютъ дѣйствіе юридически, говоритъ Фонъ Алльмендингенъ, то дѣлаютъ это для того, чтобы исполнить законъ; преступленія вмѣняются, чтобы наказывать ихъ по законамъ. Для этаго не требуется ничего болѣе, кромѣ извѣстности, что преступникъ зналъ уголовный законъ или могъ и долженъ былъ знать его. Иищи далѣе въ своемъ изслѣдованіи судья не имѣетъ нужды. Мотивы, которые произвели дѣйствіе, для него ничего не значатъ, какъ скоро онъ знаетъ, что преступленіе злонамѣренное или неосторожное. По какому бы побужденію ни совершалось смертоубійство, оно всегда есть преступленіе, когда совершено произвольно. Но моралистъ идетъ далѣе во вмѣненіи;

его цѣль есть опредѣлить весь характеръ человѣка, его большее или меньшее недостоинство. Для него не довольно, поэтому, знать, совершено ли дѣйствіе безъ сознанія нравственнаго закона или съ сознаніемъ, но онъ долженъ изслѣдовать и мотивы дѣйствія, дабы видѣть, въ какой мѣрѣ оно вредитъ всему характеру. Изъ мотивовъ можетъ быть выведено болѣе вѣрное заключеніе къ большей или меньшей безнравственности характера, нежели изъ самаго дѣйствія, разсматриваемаго только само въ себѣ. Воровство, напр. для юриста одинаково преступно, совершается ли оно по бѣдности или по склонности къ расточительности, но моралистъ первое извиняетъ болѣе, нежели послѣднее потому, что первое побужденіе несравненно менѣе вредитъ всему характеру, нежели послѣднее. Поэтому же самому моралистъ разсматриваетъ раскаяніе по совершеніи преступленія, какъ основаніе къ смягченію наказанія, между тѣмъ какъ юристъ, обыкновенно, не обращаетъ на него никакого вниманія. Тотъ обнаруживаетъ, очевидно, менѣе развратности и упорства въ характерѣ, кто искренно раскаявается въ безнравственномъ дѣйствіи, но это все равно для судьи, который обсуживаетъ одно дѣйствіе, ни мало не думая обо всемъ характерѣ преступника. Если злонамѣренное убійство доказано совершенно, то виновный въ немъ наказывается судьею, какъ

злонамѣренный убійца, каковъ бы ни былъ его характеръ, хорошъ или худъ. Отъ этаго юридическое вмѣненіе гораздо легче, нежели нравственное потому, что первое имѣетъ дѣло только съ предметами внѣшними, видимыми, а послѣднее, напротивъ, дѣлаетъ необходимымъ изслѣдованіе о мотивахъ дѣйствія, слѣдовательно о такихъ пунктахъ, которые скрываются внутри человѣка и не имѣютъ никакихъ видимыхъ признаковъ. Но именно это послѣднее обстоятельство и доказываетъ, что нравственное вмѣненіе не имѣетъ никакого употребленія въ уголовныхъ судахъ. Цѣль уголовныхъ законовъ относится къ внѣшнимъ дѣйствіямъ, которыя должны быть ими предупреждены. Законъ юридическій угрожаетъ наказаніемъ только для того, чтобы заставить людей, сообразовать съ нимъ свои дѣйствія. Что же касается до внутреннихъ помысловъ, то объ нихъ заботиться прямо онъ не имѣетъ нужды потому, что единственная цѣль его есть охраненіе общественнаго порядка, который можетъ быть нарушаемъ одними внѣшними дѣйствіями. Именно поэтому и уголовный судья, какъ исполнитель юридическаго закона, долженъ дѣлать предметомъ своего изслѣдованія одно внѣшнее и видимое. Этаго требуетъ, съ одной стороны, духъ и цѣль юридическаго закона, который направляется противъ внѣшнихъ дѣйствій, а съ другой стороны, и самъ судья

только то можетъ принимать въ соображеніе, что совершенно доказано, а это возможно единственно по отношенію къ внѣшнимъ предметамъ, а не къ внутреннимъ помысламъ и мотивамъ. Къ этому прибавимъ еще и то обстоятельство, что наказаніе, какъ чувственное зло, не въ состояніи перемѣнить внутренняго убѣжденія человѣка, но можетъ только заставить его сообразовать свои дѣйствія съ закономъ. Слѣд. судья не можетъ творить суда надъ внутренними помыслами и побужденіями потому, что не можетъ перемѣнить ихъ. Даже и для доказательства преступленія, какъ внѣшняго дѣйствія, онъ не имѣетъ нужды въ изслѣдованіи этихъ пунктовъ. Предметомъ доказательства могутъ быть только внѣшніе видимые пункты, и какъ скоро внѣшнее дѣйствіе совершено, то до помысловъ и мотивовъ уже нѣтъ никакого дѣла (34).« Лживость этаго разграниченія вмѣненія юридическаго отъ нравственнаго открывается уже достаточно изъ тѣхъ примѣровъ, которые приводитъ Ф. Альмендингенъ въ объясненіе своего ученія. Неужели, въ самомъ дѣлѣ, для юриста все равно, по бѣдности или по склонности къ расточительности совершается воровство? Неужели онъ не долженъ обращать никакого вниманія, при опредѣленіи наказанія, и на искреннее раскаяніе преступника? И если судья имѣетъ предъ собою двоихъ смертоубійцъ, изъ которыхъ одинъ закорс-

цѣлый злодѣй, а другой сдѣлался преступникомъ только по несчастному стеченію обстоятельствъ, то дѣйствительно ли онъ не долженъ быть снисходительнѣе къ послѣднему, нежели къ первому? Почему же иначе и сами тѣ, которые раздѣляютъ съ Альмендингеномъ его мнѣніе о различіи юридическаго вмѣненія отъ нравственнаго, требуютъ, чтобы преступленія, совершаемыя въ состояніи страсти или безвинной опьянѣлости, были наказываемы легче, нежели когда онѣ выполняются хладнокровно или въ трезвомъ видѣ (35)? Но, говорятъ наши противники, эти мотивы внѣшніе видимые (36). Справедливо, что уголовные законы могутъ простираться своимъ дѣйствіемъ только на внѣшнее и видимое, хотя впрочемъ и не потому, что наказаніе, какъ чувственное зло, не въ состояніи перемѣнить внутренняго убѣжденія человѣка, но единственно по той самой простой и естественной причинѣ, что внутреннее сокрыто отъ взора человѣческаго и можетъ быть извѣстно одному Богу. Отсюда, однакожъ, слѣдуетъ не то, что, будто бы, внутренняя духовная сторона человѣческихъ дѣйствій есть нѣчто, совершенно постороннее для уголовнаго законодательства, но то единственно, что оно не можетъ прямо дѣйствовать на нее, безъ внѣшняго проявленія. Какъ же скоро она проявлена въ какомъ либо внѣшнемъ дѣйствіи, то и должна быть принимаема въ

соображеніе, даже главнымъ образомъ, и въ положительныхъ законахъ. Смотрѣть на одно внѣшнее дѣйствіе и наказывать его только, говоритъ Веберъ, значило бы поступать съ человѣкомъ, какъ съ машиною и уничтожать основаніе и цѣль уголовнаго права (воспрепятствованіе преступленіямъ и устрашеніе отъ нихъ) потому, что тогда бы сдѣлалось невозможнымъ психологическое обсужденіе и дѣйствованіе на человѣка (37). Въ самомъ дѣлѣ, и по началамъ теоріи устрашенія, которая наказываетъ преступника для того, чтобы угроженіемъ наказанія отвратить отъ преступленій другихъ и которой держится Фонъ Альмендингенъ, можетъ быть доказано совершенно противное тому, что онъ говоритъ. По мнѣнію Альмендингена и его единомышленниковъ, предъ судомъ гражданскимъ, какъ субъектъ юридическаго вмѣненія, человѣкъ долженъ быть разсматриваемъ только, какъ существо чувственное, которое, повинуясь по необходимости велѣніямъ своей чувственности, желаетъ наслажденія и избѣгаетъ страданія. На этомъ механизмѣ его природы, государственная власть и основываетъ свои расчеты, когда въ угрожаемомъ наказаніи противополагаетъ чувственному наслажденію, которое увлекаетъ къ преступленію, гораздо большее чувственное страданіе, которое должно удерживать отъ него. Субъективное основаніе всякаго наказанія заключается, поэтому, въ

шакомъ расположеніи духа нарушишеля уголовнаго закона, которое дѣлаетъ его доступнымъ въ данномъ случаѣ для психологическаго дѣйствованія на него эшаго закона. Законъ уголовный данъ для устрашенія; сл. на случай, гдѣ устрашеніе невозможно и невѣроятно, онъ не могъ быть данъ. Условія вмѣненія преступленій заключаются, такимъ образомъ, частію въ сознаніи преступности дѣйствія, которое предполагаетъ представленіе объ уголовномъ законѣ въ самую минуту дѣйствованія и правильное подведеніе дѣйствія подъ законъ, а частію и въ возможности вліянія представленія о наказаніи на несовершеніе дѣйствія. Если бы, по законамъ внѣшней или внутренней природы, представленіе о наказаніи было не въ состояніи воспрепятствовать совершенію дѣйствія, то къ наказанію нѣтъ никакого основанія (38). „Слѣд. чтобы наказывать преступника, по началамъ этой теоріи, необходимо знать, въ такомъ ли расположеніи духа онъ находился въ минуту совершенія преступнаго дѣйствія, что представленіе объ угрожаемомъ наказаніи могло удержать его отъ этаго или же не въ такомъ? Но откуда можно знать это? очевидно только изъ побужденій, которыя заставили преступника совершить преступленіе. Существо чувственное избираетъ между чувственными наслажденіями, предпочитая большее меньшему. Слѣд. если человѣкъ, въ области права, есть только су-

щество чувственное, то какъ скоро онъ нарушаетъ уголовный законъ, это есть знакъ, что наслажденіе отъ преступленія онъ считаетъ такимъ благомъ для себя, которое дѣлаетъ его вовсе недоступнымъ для представленія о страданіи отъ наказанія (39). Итакъ, что бы видѣть, точно ли таково наслажденіе отъ преступленія, какъ его представляетъ себѣ преступникъ, необходимо взойти къ самому источнику преступленія и изслѣдовать, въ ожиданіи какого наслажденія преступленіе совершено? Но и, вообще, какъ бы мы ни объясняли себѣ гражданское наказаніе, оно не возможно безъ изслѣдованія мотивовъ, въ которыхъ заключается источникъ преступныхъ дѣйствій. Правда, вмѣненіе юридическое и нравственное не одно и то же, но различіе между ними состоитъ не въ томъ, что первое довольствуется, будто бы, только сужденіемъ, что дѣйствующій есть произвольная причина дѣйствія, между тѣмъ какъ послѣднее, напротивъ, восходитъ и къ его мотивамъ, а въ томъ, что вмѣненіе нравственное не только вообще изслѣдываетъ мотивы человѣческихъ дѣйствій, но и признаетъ ихъ добрыми и безукоризненными тогда, когда онѣ мало того, что сообразны съ нравственнымъ закономъ, но и совершаются единственно изъ уваженія къ нему, безъ всякой примѣси другихъ, менѣе благородныхъ мотивовъ, между тѣмъ какъ, напротивъ, вмѣне-

ніе юридическое вовсе не такъ строго и одобряетъ человѣческія дѣйствія и тогда, когда онѣ и по мотивамъ, менѣе благороднымъ, согласны съ законами юридическими; если же обращаетъ вниманіе и на свойство мотивовъ, то только тогда, когда идетъ дѣло о наказаніи человѣческихъ дѣйствій. Въ этомъ случаѣ, оно уже и потому не можетъ не принимать въ соображеніе и самаго свойства мотивовъ, что частію именно отъ различія мотивовъ и зависитъ то, что и одно и то же дѣйствіе бываетъ не однимъ и тѣмъ же преступленіемъ, а частію и потому, что при обсужденіи степени преступности извѣстнаго дѣйствія не довольно знать, что дѣйствующій желалъ его, но необходимо видѣть и то, почему онъ желалъ, дабы рѣшить, въ какой степени можетъ быть приложено къ нему in concreto то наказаніе, которое назначено за преступленіе in abstracto (40).

Мысль о наказаніи, какъ о возмездіи, не есть что либо новое; напротивъ, такъ какъ она и простѣе и ближе къ нашему сознанію, нежели всѣ другія, то слѣды ея встрѣчаемъ уже и въ самой глубокой древности. Въ древнѣйшія времена, о которыхъ мы имѣемъ свѣденіе, право, нравственность и религія не отдѣлялись другъ отъ друга. Всякое право исходило непосредственно отъ самаго Бога

и было возвѣщаемо его служителями. Хранить божескія права значило быть нравственнымъ и благочестивымъ; только человѣкъ справедливый былъ благочестивъ и угоденъ богамъ. Всякое добро, всякое житейское благо было уже на землѣ удѣломъ добродѣтельнаго: долгая жизнь, довольство, крѣпкія и цвѣтущія дѣти, честь и вообще все, что можетъ радовать сердце человѣка добраго. Гдѣ же десница Божія тяготѣла надъ человѣкомъ праведнымъ, тамъ подозрѣвали тайную вину собственной жизни или же жизни предковъ или, смотря глубже, видѣли въ этомъ неисповѣдимую тайну судебъ Божественнаго Промысла, управляющаго судьбами человѣковъ, который не укоснитъ въ своемъ праведномъ возмездіи. Такъ глубоко насаждена въ душѣ человѣка идея справедливости, что и люди простые и необразованные имѣютъ предчувствіе объ ней. По мѣрѣ своего достоинства, внутренняго или внѣшняго, человѣкъ долженъ быть счастливъ.

Напротивъ, кто нарушалъ законы Божества, тотъ впадалъ въ руки карающаго правосудія, которое воздавало ему по его дѣламъ. Немезида мстила каждому, кто даже по самонадѣянію только не соблюдалъ должной мѣры, и уничтожала его вину, соразмѣрно съ тѣмъ, что онъ заслужилъ, не касаясь его прочаго достоинства. Самые герои,

въ которыхъ видимо присутствовало божество, какъ скоро выходили изъ границъ, не ускользали отъ мести Немезиды, доколѣ герой не былъ примиренъ съ богами, судьбою и собственною совѣстію. Наказаніе было непостижимая, впрочемъ праведная месть, которая, слѣдуя вѣчному порядку природы, увлекала въ бездну виновнаго вмѣстѣ съ невиннымъ и на дѣтяхъ и внукахъ отыскивала неправды отцовъ. Не должно, однакожъ, думать, что въ этомъ заключался несправедливый произволъ. Грѣхи и преступленія переходили по наслѣдству отъ родителей къ дѣтямъ, за которыя онѣ и должны были терпѣть наказаніе. Такимъ образомъ десница Божія изводила изъ самаго зла добро. Видѣть въ ней истребительницу людей могъ только тотъ, кто не привыкъ проникать въ тайны судебъ Божіихъ. И въ царствѣ природы и въ царствѣ свободы, повсюду господствуетъ начало равенства. Человѣкъ терпитъ, что заслужилъ своими дѣлами. Такъ думали древніе и не могли, поэтому, отдѣлить другъ отъ друга право, нравственность и религію. Можетъ быть ихъ понятія и не совсѣмъ были правильны, слишкомъ человѣкообразны представленія о Божескомъ промыслѣ и не совсѣмъ удачны и попытки къ рѣшенію важнаго вопроса о связи права съ порядкомъ всего міра; все, однако же, должно сказать, что они были ближе къ цѣли, нежели наше время, которое растор-

гаетъ всякую связь между правомъ, нравственностію и религіею и видитъ въ немъ, точно такъ же какъ и во всемъ Государствѣ, только средство къ цѣли, — мысль, которой вредныя послѣдствія неисчислимы (41).

Утверждая, впрочемъ, что наказаніе не можетъ быть объясняемо никакою внѣшнею цѣлію, мы не думаемъ чрезъ это утверждать вмѣстѣ и то, что Государство, наказывая преступниковъ, не должно преслѣдовать никакихъ земныхъ цѣлей. Напротивъ, какъ всѣ земныя учрежденія имѣютъ извѣстную цѣль, такъ и наказаніе можетъ и должно служить Государству для извѣстныхъ цѣлей. Но этихъ цѣлей оно достигаетъ посредствомъ наказанія, такъ сказать, мимоходомъ. Въ существѣ же своемъ наказаніе остается и въ Государствѣ тѣмъ же, что оно всегда и вездѣ есть и должно быть, т. е. возмездіемъ за преступленіе, которое основывается на нравственномъ законѣ справедливости, лежащемъ въ основаніи всякаго нравственнаго порядка (42). Когда же мы говоримъ, что и гражданское наказаніе есть также возмездіе, то не требуемъ того, чтобы между нимъ и преступленіемъ было всегда совершенное равенство. Если это равенство, въ другой высшей области, и есть необходимо и возможно, то для Государства, напротивъ, въ большей части случаевъ, оно

и невозможно ни въ физическомъ ни въ нравственномъ отношеніи, да и ненужно такъ, что, въ своей сферѣ и при своихъ средствахъ, Государство можетъ довольствоваться и всякимъ другимъ удовлетвореніемъ, которое находитъ нужнымъ и считаетъ достаточнымъ по временнымъ и мѣстнымъ обстоятельствамъ (43). Отсюда, однако же, не слѣдуетъ того, что оно имѣетъ право нарушать всякую справедливую мѣру наказанія, какъ скоро то находитъ нужнымъ для достиженія своихъ цѣлей. Цѣли эти должны быть, напротивъ, всегда подчинены существенному свойству наказанія такъ, что возмездіе должно быть по крайней мѣрѣ границею, за которую не имѣютъ права заходить ни законодатель ни судья. Явно несправедливо, говоритъ Генке, то мнѣніе, которое сперва высказано Михаелисомъ, потомъ Фихте, а наконецъ повторено Оерстедомъ, что всякое преступленіе влечетъ за собою совершенную безправность и что, слѣдовательно, Государство имѣетъ власть назначать всякое наказаніе за преступленіе, которое считаетъ необходимымъ для охраненія безопасности правъ, нисколько не стѣсняясь тѣмъ, соотвѣтствуетъ ли оно преступленію или нѣтъ. Это мнѣніе могло произойти только отъ совершеннаго отторженія права отъ нравственности и смѣшенія его съ политикою. Оно не требуетъ никакого опроверженія потому, что, если бы оно

не было ложно, то всякое изслѣдованіе о мѣрѣ наказаній было бы совершенно излишне (44).

III). Если высшее начало наказанія есть возмездіе за преступленіе, то теперь слѣдуетъ отыскать въ самомъ преступленіи тѣ моменты, которыми должна быть измѣряема его собственная тяжесть, а по немъ уже и тяжесть наказанія. Моменты эти заключаются частію въ предметѣ преступленія, главнымъ же образомъ въ его субъектѣ (45).

1). Въ объективномъ отношеніи тяжесть преступленія, а слѣд. и тяжесть наказанія опредѣляется совершенно, когда обращается вниманіе на слѣдующіе пункты: а) На важность права или закона, который нарушается преступленіемъ, б) на степень и в) пространство самаго нарушенія.

а) Очевидно само собою, что чѣмъ важнѣе право или законъ, который нарушается преступленіемъ, тѣмъ важнѣе и самое преступленіе. Но какое право или законъ должно считать болѣе важнымъ сравнительно съ другими? На этотъ вопросъ нельзя отвѣчать вообще, безъ всякаго отношенія къ извѣстному положительному законодательству. Новѣйшіе криминалисты худо, однакожъ, вѣрятъ этому и обыкновенно раздѣляютъ всѣ преступленія, по важности правъ, ими нарушаемыхъ, на различные клас-

сы, только на основаніи однихъ отвлеченныхъ началъ разума. Для этаго нѣкоторые изъ нихъ, какъ напр. Бауеръ, различаютъ между правами первоначальными и приобрѣтенными и считаютъ нарушеніе первыхъ тягчайшимъ преступленіемъ, нежели нарушеніе послѣднихъ (46). Другіе же, какъ напр. Фейербахъ, думаютъ опредѣлить относительную важность правъ ихъ отношеніемъ къ Государству, которымъ измѣряютъ сперва степень опасности, возникающей для Государства изъ нарушенія каждаго изъ нихъ, а потомъ уже, по степени этой опасности, опредѣляютъ и степень тяжести самаго нарушенія (47). Это обыкновеніе, если и можетъ имѣть пользу, то развѣ въ теоріи, въ практикѣ же оно не ведетъ ни къ чему. Какое право сравнительно съ другимъ болѣе важно? — это рѣшаетъ обыкновенно не теорія, но индивидуальный взглядъ каждаго народа, который выражается въ дѣйствующемъ между нимъ положительномъ законодательствѣ. И какъ этотъ взглядъ у различныхъ народовъ весьма различенъ, то общей, отвлеченной мѣры для относительной важности правъ нѣтъ и быть не можетъ. Отъ этаго одно и то же право, которое считается особенно важнымъ у одного народа, вовсе не считается такимъ у другаго. Напр. что бы повидимому могло быть важнѣе права на жизнь? но есть Государства, которыя не уважаютъ и его и считаютъ себя

управомоченными на то, чтобы лишать жизни, какъ тѣхъ, которые еще начинають только жить, такъ и тѣхъ, которые уже отжили, для предотвращенія слишкомъ большаго умноженія числа народонаселенія (48). Даже было время, когда воровство, мошенничество, подлогъ считались болѣе тяжкими преступленіями, нежели открытое и насильственное смертоубійство (49)! Но и въ наше время, между Европейскими просвѣщенными народами, нѣтъ совершеннаго сходства касательно взгляда на относительную важность правъ, нарушаемыхъ преступленіемъ, напр. между тѣмъ какъ права, которыя имѣютъ на наше уваженіе Вѣра и Церковь, считаются у насъ самыми важнѣйшими, у другихъ народовъ онѣ, напротивъ, большею частію не признаются такими (50). Слѣдовательно это есть безполезное и даже вредное въ практическомъ отношеніи покушеніе, когда хотятъ только на основаніи однихъ отвлеченныхъ началъ разума, независимо отъ положительныхъ законодательствъ, опредѣлить относительную тяжесть преступленій, по различію важности правъ, ими нарушаемыхъ. Такимъ образомъ только сбиваютъ съ толку судью, совершенно неприложимыми къ опыту теоріями.

б) Послѣ важности права, или закона, который нарушается преступленіемъ, другой важный

моментъ, отъ котораго зависитъ большая или меньшая объективная тяжесть преступленія, есть степень его нарушенія. Нарушается ли преступнымъ дѣйствіемъ все право вообще или же только въ извѣстной степени? — это есть немаловажное различіе. Именно отъ этаго различія и происходитъ то, что и маловажное по своему свойству, но значительнѣйшее по количеству оскорбленіе представляется тягчайшимъ въ объективномъ отношеніи, нежели важное по свойству, но менѣе значительное по количеству. Не всякое лишеніе свободы есть напр. большее преступленіе въ объективномъ отношеніи, нежели нарушеніе правъ на имущества. Только одно нарушеніе права на жизнь не допускаетъ никакого количественнаго различія и не можетъ, ни въ какомъ случаѣ, только поэтому, сдѣлаться легчайшимъ преступленіемъ, сравнительно съ другими, тягчаѣ которыхъ оно считается вообще по господствующимъ понятіямъ (51).

Наконецъ важно в) и пространство нарушенія. Если оскорбленіе, причиняемое преступленіемъ, не имѣетъ особеннаго отношенія ко всему Государству, то оно, очевидно, менѣе важно, нежели то, которое касается ближайшимъ образомъ всего Государства. Отсюда именно и объясняется то, отъ чего оскорбленія нѣкоторыхъ лицъ, которыя по роду должностей, занимаемыхъ ими въ Государ-

ствѣ, считаются въ высшей степени неприкосновенными, какъ то: представителей Государства, публичныхъ агентовъ, служебныхъ лицъ, какъ служебныхъ и пр. признаются особенно тяжкими преступленіями. Равнымъ образомъ, отсюда же, должно быть объясняемо и то, почему въ извѣстныхъ преступленіяхъ, напр. въ обманѣ и подлогѣ, болѣе обращается вниманія на ихъ формальную сторону, нежели на матеріальный вредъ, который причиняется ими. Этими преступленіями и другими подобными подрывается общественная вѣра и довѣренность. Поэтому онѣ, и независимо отъ вреда, ими причиняемаго, уже и сами въ себѣ, считаются особенно тяжкими (52). — Нѣкоторые писатели хотятъ, отсюда, выводить и то, чтобы, при опредѣленіи степени тяжести преступленія, обращалось вниманіе и на число лицъ, имъ оскорбленныхъ, и на томъ же самомъ основаніи, на которомъ утверждается большая тяжесть преступленій, которыя вредятъ непосредственно не только частнымъ лицамъ, но и всему Государству, требуютъ, чтобы и тѣ преступленія, которыя совершаются противъ нравственныхъ лицъ, считались болѣе тяжкими, сравнительно съ такими же преступленіями, совершаемыми противъ физическихъ лицъ (53). Но это, очевидно, несправедливо. Всякое нравственное лицо, какъ нравственное лицо, должно быть разсматри-

ваемо какъ одно лицо и его уничтоженіе, не можетъ быть, поэтому, тягчайшимъ преступленіемъ, нежели уничтоженіе одного физическаго лица. Даже такъ, какъ уничтоженіе нравственнаго лица касается только его соединенія, а не самыхъ лицъ, изъ которыхъ оно составляется и которыя могутъ и опять соединиться, то можно утверждать, наоборотъ, что уничтоженіе нравственнаго лица есть гораздо меньшее преступленіе, нежели уничтоженіе физическаго. То же должно сказать и о нарушеніи правъ на имущества. Ущербъ, который причиняется въ этомъ случаѣ, не только раздѣляется между многими, но и не всегда падаетъ на каждаго члена потому, что имущество нравственнаго лица не всегда составляется изъ приношеній наличныхъ членовъ, не говоря уже о томъ, что уменьшеніе его нерѣдко, даже и отчасти, не только вовсе, не препятствуетъ достиженію цѣли общества. Наконецъ, и объ обидахъ нравственнаго лица можно утверждать, что онѣ не всегда непремѣнно болѣе важны, нежели обиды частному лицу (54).

2). Исчисленные моменты заключаются въ предметѣ преступленія. Важны и они, но только, когда ихъ разсматриваютъ въ соединеніи съ субъективными. Всякое дѣйствіе, если его разсматривать само въ себѣ, безъ всякаго отношенія къ его

виновнику, ни хорошо, ни худо. Поэтому и самое важное и опасное правонарушеніе до тѣхъ поръ не можетъ быть названо не только тяжкимъ преступленіемъ, но и преступленіемъ вообще, пока не рѣшено, въ какомъ отношеніи оно состоитъ къ его виновнику? Иначе бы и случай могъ имѣть важныя послѣдствія. Но тогда бы разумный характеръ наказанія разрушился совершенно и оно бы обратилось въ простые побои. Моменты субъективные важнѣе, слѣдовательно, нежели объективные (55).

Разсматривая преступленія, въ отношеніи къ ихъ виновникамъ, мы замѣчаемъ, что: а) нѣкоторыя изъ нихъ совершаются съ злымъ намѣреніемъ, а другія, напротивъ, по одной неосторожности; б) однѣ заключаютъ въ себѣ полное и совершенное осуществленіе злаго намѣренія, а другія ограничиваются только покушеніемъ къ его осуществленію; наконецъ в) въ нѣкоторыхъ случаяхъ ихъ замышляетъ и выполняетъ одинъ, между тѣмъ какъ въ другихъ участвуютъ въ ихъ совершеніи многіе. Всѣ эти обстоятельства такъ важны, что онѣ не могутъ не имѣть вліянія на степень тяжести преступленія, хотя бы въ объективномъ отношеніи оно и было совершенно одинаково.

а. Съ злымъ намѣреніемъ преступленіе совершается, когда человѣкъ, предпринимая извѣстное

дѣйствіе, о которомъ знаетъ, что оно преступно и запрещено законами, именно хочетъ того, что есть въ немъ преступнаго и запрещеннаго законами (56). Напротивъ, если онъ, рѣшаясь на извѣстное дѣйствіе, которое считаетъ дозволеннымъ, имѣетъ въ виду и цѣль совершенно невинную, дѣйствуетъ, однакожъ, безъ должной осторожности и совершаетъ, вслѣдствіе этаго, преступленіе, о которомъ можетъ быть и не думалъ въ минуту совершенія дѣйствія, то это преступленіе называется неосторожнымъ (57). Такъ какъ, въ первомъ случаѣ, воля дѣйствующаго прямо направляется къ совершенію преступленія, между тѣмъ какъ, напротивъ, въ послѣднемъ оно возникаетъ изъ его дѣйствованія, какъ бы противъ воли; то очевидно само собою, что преступленія злонамѣренныя несравненно важнѣе, нежели неосторожныя, а слѣд. и наказаніе должно быть за первыя болѣе, нежели за послѣднія (58). Но и самыя злонамѣренныя преступленія, точно такъ же какъ и неосторожныя, могутъ быть опять неодинаково важны. Это зависитъ отъ того, что какъ злонамѣренность, такъ и неосторожность не во всѣхъ случаяхъ одинакова. Чтобы опредѣлить, по возможности, эти случаи, новѣйшая теорія раздѣляетъ dolus и culpa на различныя степени, для которыхъ придуманы ею и особенныя названія.

Вопервыхъ, по отношенію къ dolus, она различаетъ слѣдующія степени: а) dolus determinatus, который существуетъ тогда, когда, при совершеніи извѣстнаго дѣйствія, воля дѣйствующаго прямо направлена къ тому правонарушенію, которое дѣйствительно возникаетъ изъ него (59). Это самая высшая степень *dolus.* Послѣ dolus determinatus непосредственно слѣдуетъ в) dolus indeterminatus. Онъ имѣетъ мѣсто тогда, когда правонарушительное дѣйствіе не имѣетъ собственно никакой опредѣленной цѣли, но совершается съ намѣреніемъ, произвести какое бы то ни было изъ тѣхъ послѣдствій, которыя, обыкновенно, возникаютъ изъ него и которыя преступникъ предвидитъ. Такъ опредѣляетъ этотъ dolus Фейербахъ, которому онъ и одолженъ своимъ происхожденіемъ: преступникъ хочетъ правонарушенія, но не именно и не исключительно того, которое дѣйствительно совершаетъ. Его воля направлена къ различнымъ правонарушеніямъ и его дѣйствіе таково, что изъ него можетъ произойти не одно правонарушеніе. Это преимущественно случается тогда, когда воля направляется къ извѣстному роду правонарушеній, который содержитъ въ себѣ весьма различныя правонарушенія, напр. я ненавижу извѣстнаго человѣка, хочу отомстить ему чувствительнымъ образомъ и думаю, что не могу лучше выполнить моего намѣренія, какъ если подстерегу его гдѣ нибудь и вы-

стрѣлю по немъ; я знаю, что отсюда можетъ послѣдовать и членоповрежденіе и убійство; не хочу именно ни убить ни ранить, не думаю причинить и легкой раны, но не желаю нанести и такой, которая бы могла надолго повредить здоровью. Моя цѣль есть вообще удовлетворить моему мщенію, посредствомъ тѣлеснаго поврежденія. Какого? для меня это все равно, только бы оно послѣдовало изъ моего дѣйствія. Это есть, замѣчаетъ Фейербахъ, обыкновенное настроеніе духа у человѣка раздраженнаго, когда онъ выражаетъ свой гнѣвъ во внѣшнихъ оскорбительныхъ поступкахъ (60). — Отъ dolus indeterminatus должно различать далѣе c) dolus eventualis. Dolus eventualis еще менѣе преступенъ, нежели и dolus indeterminatus, и бываетъ тогда, когда преступникъ, посредствомъ своего дѣйствія, хочетъ достигнуть хотя и опредѣленной, но не столько преступной цѣли, какъ та, которой дѣйствительно достигаетъ, но предвидитъ и эту, и поелику желаетъ, во что бы то ни стало, достигнуть предположенной цѣли, то на случай крайности соизволяетъ и на нее. Напр. нѣкто хочетъ ранить другаго въ ноги выстрѣломъ, чтобы захватить его, но не надѣясь на свою ловкость, предвидитъ, что легко можетъ попасть и въ другую часть тѣла и такимъ образомъ умертвить, не смотря, однако же, на это, дѣлаетъ выстрѣлъ (61).

Наконецъ d) болѣе всѣхъ другихъ простителенъ тотъ случай, гдѣ преступникъ, по его собственному увѣренію, хотѣлъ своимъ дѣйствіемъ произвести другое, менѣе противозаконное послѣдствіе, нежели какое дѣйствительно произвелъ, это же послѣднее или только предвидѣлъ, но не соизволялъ на него или же даже и не предвидѣлъ (62). Древніе криминалисты, въ томъ предположеніи, что преступникъ могъ и долженъ былъ предвидѣть, что большее противозаконное послѣдствіе легко можетъ произойти изъ его дѣйствія, видѣли въ этомъ случаѣ dolus indirectus (63), между тѣмъ какъ новѣйшіе находятъ въ немъ только culpa, dolo determinata (64) и относятъ сюда же и тотъ случай, когда кто умышленно предпринимаетъ извѣстное, противозаконное дѣйствіе и для этаго совершаетъ другое дѣйствіе, изъ котораго проистекаетъ неумышленное, противозаконное послѣдствіе, — напр. нѣкто воруетъ въ ночное время на опасномъ отъ огня мѣстѣ и производитъ пожаръ потому, что ходитъ тамъ со свѣчей безъ фонаря (65).

Объ этихъ различныхъ степеняхъ dolus справедливо замѣчаютъ слѣдующее: α) онѣ встрѣчаются не во всѣхъ преступленіяхъ, но только въ нѣкоторыхъ немногихъ, главнымъ образомъ въ тѣхъ, которыя направляются противъ цѣлости человѣ-

ческаго тѣла (66); β) не обнимають всѣхъ возможныхъ видовъ dolus, которые не могутъ быть подведены ни подъ какія общія правила, по чрезвычайной разнообразности случаевъ, изъ которыхъ ни одинъ не походитъ на другой; наконецъ γ) не имѣютъ всѣ большой практической важности (67).

Правда, опредѣляя степень виновности, нельзя не дѣлать различія между тѣмъ случаемъ, когда совершенное правонарушеніе есть прямая цѣль преступника, и тѣмъ, когда онъ только предвидитъ его или въ случаѣ крайности и соизволяетъ на него. Въ первомъ случаѣ степень злонамѣренности, очевидно, гораздо болѣе, нежели въ послѣднемъ. Если бы оба эти случая не отличать другъ отъ друга, то такое смѣшеніе совершенно разнородныхъ случаевъ было бы явно несправедливо. Но чтобы и dolus indeterminatus долженъ былъ имѣть значительное вліяніе на уменьшеніе степени тяжести преступленія, — доказать это едва ли возможно. Если бы оскорбленіе, дѣйствительно причиненное, было важнѣе, нежели всѣ другія возможныя, то что бы было за основаніе считать преступника менѣе виновнымъ, нежели въ случаѣ dolus determinatus? Оскорбленія, которое дѣйствительно сдѣлано, онъ такъ же желалъ, какъ и всѣхъ другихъ. Казалось бы, скорѣе можно было утверждать противное.

Кто желаетъ одного правонарушенія, тотъ едва ли болѣе виновенъ, нежели кто вдругъ соизволяетъ на всякое. Но и если предположить, что въ вышеприведенномъ примѣрѣ и другихъ подобныхъ случаяхъ степень злонамѣренности не такъ велика; то откуда можно знать, что выстрѣлъ напр. сдѣланъ не съ опредѣленнымъ намѣреніемъ убить, а просто повредить вообще? Судя по свойству дѣйствія, надо именно предполагать не другое что, какъ опредѣленное намѣреніе убить, а оно-то обыкновенно и принимается въ соображеніе, когда въ практикѣ бываетъ необходимо опредѣлить свойство умысла, изъ котораго проистекаетъ преступленіе, и притомъ не только тогда, когда преступникъ утверждаетъ, что имѣлъ намѣреніе совершить менѣе тяжкое преступленіе, нежели какое дѣйствительно совершилъ, но и тогда, когда онъ говоритъ наоборотъ, что хотѣлъ совершить еще большее преступленіе. Это отъ того, что признаніе тогда только уважается, когда вѣроятность его открывается изъ обстоятельствъ дѣла. Поэтому, какъ въ вышеприведенномъ случаѣ нельзя предполагать ничего другаго, кромѣ намѣренія убить, хотя бы преступникъ и отрицалъ это, такъ, напротивъ, въ томъ напр. когда кто бьетъ другаго кулакомъ и убиваетъ по несчастному стеченію особенныхъ обстоятельствъ, нельзя уже предполагать намѣренія

убить, хотя бы преступникъ и утверждалъ это. Слѣдовательно различеніе между dolus determinatus и indeterminatus не можетъ, по крайней мѣрѣ, имѣть никакихъ практическихъ послѣдствій (68). Что же касается до culpa, dolo determinata, то это даже и не особенный видъ dolus, а просто culpa въ соединеніи съ отягчающимъ обстоятельствомъ. Culpa, dolo determinata, криминалисты думаютъ открывать въ слѣдующихъ случаяхъ: α) воръ идетъ стрѣлять дичь и по неосторожности убиваетъ человѣка. Это убійство, по ученію новѣйшихъ криминалистовъ, не просто, а злонамѣренно-неосторожное, а по ученію древнихъ, даже и просто злонамѣренное, хотя и въ меньшей степени; β) А знаетъ, что съ трубкою или сигаркою ходить по городу запрещено и опасно; однакожъ, не смотря на это, идетъ и производитъ пожаръ. И въ этомъ случаѣ зажигательство, по мнѣнію однихъ, злонамѣренно-неосторожное, а по мнѣнію другихъ, просто злонамѣренное, точно такъ же какъ и въ томъ γ), о которомъ мы упоминали выше, т. е. когда воръ, воруя на опасномъ отъ огня мѣстѣ, зажигаетъ по неосторожности. Но, уже и изъ самыхъ этихъ примѣровъ, открывается, что это совершенно ложный взглядъ. Ни убійства ни зажигательства не было въ намѣреніи преступниковъ; — какъ же они могли сдѣлаться злонамѣрен-

ными зажигателями или убійцами? На этотъ вопросъ древніе криминалисты отвѣчаютъ слѣдующимъ образомъ: si agens scit, ex sua actione, praeter id, quod directe intendit, eadem facilitate aliud quid sequi posse, quam hoc, si sequitur, in dolo est. Agens enim, si scit, quod ex sua actione sequi possit, quoad hoc, quod praeter id, quod per se vult, sequitur, non est in ignorantia, sed eo sciente producitur. Ergo quoad id, quod sequitur, sciens agit. Cumque se determinet ad edendam actionem, ex qua aliud quid, quam quod per se vult, sequi potest, velle etiam id, quod sequi potest, praeter id, quod per se vult, necesse est et quidem vere, quamvis indirecte, cum nisi velit, ad talem actionem se determinare non posset, hinc et volens, quoad id, quod sequitur, agit. Est ergo in dolo (69). Вся эта аргументація основывается на томъ, что если кто знаетъ, что изъ его дѣйствія можетъ легко возникнуть и другое, важнѣйшее противозаконное послѣдствіе, то когда бы онъ не хотѣлъ и этаго послѣдствія, не совершилъ бы дѣйствія; если же, не смотря на это, совершаетъ его, то значитъ, что хотя и не прямо, однакожъ хочетъ также и другаго послѣдствія. — Но, уже и задолго прежде насъ, замѣчено противъ этаго разсужденія, что вмѣстѣ одного и того же нельзя желать и не желать и что если мы не желаемъ чего либо вообще, то въ одно и то

же время не можемъ желать и непрямо, — однимъ словомъ, что если у насъ нѣтъ къ чему либо намѣренія вообще, то не можетъ быть и намѣренія непрямаго. Если воръ, стрѣляя въ дичь, вообще не имѣетъ намѣренія убить кого бы-то ни было, то можетъ ли онъ, въ то же самое время, имѣть непрямое намѣреніе къ тому? Намѣреніе есть цѣль, къ которой направляется воля дѣйствующаго; слѣд. если она направляется къ одной цѣли, то какъ же можетъ, въ то же самое время, направляться и къ другой, не оставивши той (70)? Dolus indirectus былъ, однакожъ, принятъ подъ защиту и многими новѣйшими криминалистами, — Эшенбахомъ (71), Зоденомъ (72), Клейншродомъ (73) и друг., которые старались доказать, что въ вышеупомянутомъ случаѣ dolus indirectus, воля дѣйствующаго, дѣйствительно, направлена была и къ тому послѣдствію, которое возникаетъ изъ дѣйствія безъ его намѣренія и что нѣтъ никакого противорѣчія принимать соизволеніе и на послѣдствіе, которое легко можетъ возникнуть по обыкновенному порядку вещей изъ дѣйствія, направленнаго къ другой, противозаконной цѣли. Поэтому они хотѣли, чтобы dolus indirectus былъ названъ другимъ, болѣе приличнымъ ему названіемъ, именно dolus eventualis, — einwilligende Schuld (74). Но противъ этаго уже Фейербахъ замѣтилъ весьма справедливо, что такимъ образомъ dolus indi-

4*

rectus не опредѣлялся, но смѣшивался съ dolus indeterminatus, въ которомъ, какъ мы видѣли, намѣреніе преступника заключаетъ въ себѣ многія правонарушенія, безъ всякаго особеннаго предрасположенія къ какому нибудь одному, — обстоятельство, котораго нѣтъ въ dolus indirectus, гдѣ преступникъ, при своемъ дѣйствованіи, имѣетъ въ виду опредѣленное правонарушеніе, вмѣсто котораго совершаетъ, однако же, другое, только предвидѣнное, но ненамѣренное, на которое и не соизволялъ, даже можетъ быть и не обратилъ надлежащаго вниманія. Оба случая совершенно различны другъ отъ друга; оба, поэтому, должны быть и строго отдѣляемы одинъ отъ другаго (75). Фейербахъ не счелъ, однакожъ, нужнымъ, dolus indirectus вовсе изгнать изъ области уголовнаго права, но призналъ, напротивъ, за необходимое оставить его жить въ ней подъ другимъ названіемъ. Онъ наименовалъ его culpa, dolo determinata. По его мнѣнію, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ криминалисты видѣли dolus indirectus, заключается не просто dolus, но смѣшеніе его съ culpa (76). Но и это мнѣніе есть также ошибочное. Если преступленіе есть злонамѣренное, то оно не можетъ быть, въ тоже время, и неосторожнымъ и если оно неосторожное, то не можетъ быть вмѣстѣ и злонамѣреннымъ. Слѣдов. culpa, dolo determinata, совершенно невозможна. Она заключаетъ въ себѣ противорѣчіе (77) и кромѣ

шого можешъ вести къ вреднымъ послѣдствіямъ въ практикѣ. Если въ вышеприведенныхъ примѣрахъ убійство или зажигательство напр. есть culpa, dolo determinata, то онѣ уже должны быть наказаны, не какъ преступленія неосторожныя, но какъ злонамѣренныя; но гдѣ же была бы справедливость? Отъ того, что ненамѣренное, противозаконное послѣдствіе возникаетъ изъ дѣйствія, намѣренно противозаконнаго, оно и само не становится намѣреннымъ, слѣд. должно быть и наказываемо только, какъ неосторожное, а не какъ злонамѣренное, хотя и правда, что въ такомъ случаѣ неосторожность гораздо предосудительнѣе, нежели когда она служитъ источникомъ преступленія, при совершеніи дѣйствія, незапрещеннаго законами. Все зависитъ, впрочемъ, здѣсь отъ того, за что назначается большее наказаніе въ дѣйствующемъ законодательствѣ, за самое ли противозаконное дѣйствіе или за неосторожность. Если за самое дѣйствіе, то это наказаніе и должно быть выполнено надъ преступникомъ, съ увеличеніемъ, однакожъ, въ степени за неосторожность; если же, напротивъ, большее наказаніе положено за неосторожность, то она и должна быть, главнымъ образомъ, наказана, но также въ большей степени, дабы и самое противозаконное дѣйствіе не осталось безъ наказанія. Кто, поэтому, идетъ на охоту, когда запрещено охотиться, и вмѣсто дичи по

неосторожности убиваетъ человѣка, тотъ долженъ быть наказанъ, главнымъ образомъ, не какъ намѣренный нарушитель законовъ объ охотѣ, но какъ неосторожный убійца, такъ какъ наоборотъ, кто имѣетъ намѣреніе убить человѣка и по ошибкѣ убиваетъ дичь, долженъ быть наказанъ, главнымъ образомъ, не за нарушеніе законовъ объ охотѣ, но за покушеніе къ смертоубійству (78). Главный источникъ заблужденія, котораго бы, всего менѣе, можно было ожидать отъ Фейербаха, заключается здѣсь въ томъ, что не отдѣляютъ, надлежащимъ образомъ, дѣйствія отъ его послѣдствія и разсматриваютъ ихъ, какъ одно цѣлое. Но въ одномъ и томъ же дѣйствіи, очевидно, невозможно стеченіе dolus и culpa. Напротивъ, если мы отдѣлимъ дѣйствіе отъ его послѣдствія, то это стеченіе уже не представляется такъ невозможнымъ. Такимъ образомъ, если отдѣлимъ дѣйствіе отъ его послѣдствія въ вышеупомянутыхъ случаяхъ, то тотчасъ откроется, что эти случаи заключаютъ въ себѣ злонамѣренное дѣйствіе и ненамѣренное последствіе. И такъ какъ связь между дѣйствіемъ и послѣдствіемъ есть въ нихъ чисто случайная, то ни дѣйствіе не можетъ сообщить своего характера послѣдствію, ни послѣдствіе дѣйствію, но каждое, напротивъ, остается тѣмъ, что оно есть, т. е. первое злонамѣреннымъ, а послѣднее неосторожнымъ. Поелику, однако же, неосто-

рожность въ этихъ случаяхъ не простая, а квалифицированная нарушенiемъ особенныхъ обязанностей, кромѣ общей всѣмъ обязанности быть разсудительнымъ и осторожнымъ въ своихъ поступкахъ, то отъ этаго, а не отъ того, что culpa, будто бы, получаетъ здѣсь характеръ злонамѣренности, она и должна быть наказана строже, нежели въ другихъ случаяхъ (79).

Подобно dolus, криминалисты также раздѣляютъ и culpa на различныя степени. Но прежде нежели приступимъ къ перечисленiю и обсужденiю этихъ степеней, представляется необходимымъ рѣшить еще тотъ вопросъ: какъ culpa вообще должна быть наказываема сравнительно съ dolus?

Рѣшая этотъ вопросъ, криминалисты впадаютъ въ двѣ крайности. Одни изъ нихъ слишкомъ строги, а другiе слишкомъ снисходительны. Слишкомъ строги были древнiе криминалисты, которые допускали только количественное, а не качественное различiе наказанiя dolus и culpa и напр. за неосторожное смертоубiйство хотѣли подвергать преступника десятилѣтнему задержанiю въ смирительномъ домѣ въ томъ случаѣ, когда бы за злонамѣренное назначалось въ законахъ двадцатилѣтнее (80). Напротивъ новѣйшiе криминалисты,

обращаютъ вниманіе на внутреннее различіе злоумышленныхъ преступленій отъ неосторожныхъ и объявляютъ за совершенно несправедливое подвергать ихъ одному и тому же наказанію, хотя бы то и съ различіемъ въ степени. Только простое тюремное заключеніе и есть, по ихъ словамъ, наказаніе, приличное неосторожнымъ преступленіямъ. Поелику же это наказаніе, если съ нимъ не соединяется никакого занятія, не можетъ быть назначаемо, на продолжительное время, безъ большаго вреда, то они вынуждены были этимъ обстоятельствомъ къ тому, что стали вмѣстѣ утверждать, что одногодичное тюремное заключеніе есть самое большее наказаніе, которому можно подвергать за неосторожныя преступленія. Въ предѣлахъ этаго времени наказаніе должно быть уравниваемо, для каждаго неосторожнаго преступленія, съ тѣмъ наказаніемъ, которому бы должно было подвергнуть то же самое преступленіе, если бы оно было злонамѣренное (81).

Чтобы найти правильную средину между этими двумя крайностями, необходимо отдѣлить другъ отъ друга совершенно различные случаи. И самая неосторожность, какъ уже замѣчено выше, бываетъ не всегда одинакова. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ она такъ велика, что близко граничитъ къ злонамѣренности, а въ другихъ, напротивъ, чрез-

вычайно далеко отстоитъ отъ нее. Если же неосторожность въ различныхъ случаяхъ различна, то и наказаніе за нее не можетъ быть всегда одинаково. Кто, поэтому, знаетъ свойство своего дѣйствія, умѣетъ взвѣсить и его опасность и, не смотря на это, рѣшается на него въ надеждѣ, что какой-либо благопріятный случай отклонитъ ее, тотъ, безспорно, заслуживаетъ другое и строжайшее наказаніе, нежели тотъ, кто нарушаетъ законъ только отъ того, что, хотя правда и по своей винѣ, незнаетъ настоящаго свойства своего дѣйствія. Правда и первый не имѣетъ злаго намѣренія, но его вина близко граничитъ къ винѣ злонамѣреннаго преступника и потому нѣтъ, кажется, никакого препятствія, этотъ особенный видъ неосторожности, которая проистекаетъ изъ самаго грубаго легкомыслія и неуваженія къ правамъ согражданъ, наказывать тѣмъ же самымъ родомъ и видомъ наказанія, какъ и злоумышленное преступленіе, впрочемъ, если оно допускаетъ количественную постепенность, если же нѣтъ, то, конечно, должно быть избрано другое наказаніе, только не непремѣнно простое тюремное заключеніе. Но если бы, напротивъ, преступленіе неосторожное проистекало изъ незнанія физическаго или юридическаго свойства дѣйствія, то его бы должно было (если только оно бы и вообще могло быть вмѣнено, что зависитъ,

обыкновенно, отъ личныхъ свойствъ преступника) наказать самымъ легкимъ образомъ, кратковременнымъ лишеніемъ свободы, денежнымъ штрафомъ, безчестіемъ, выговоромъ, тѣлеснымъ (легкимъ) наказаніемъ, смотря по тому, изъ какого источника проистекаетъ незнаніе, а равно и по различію лицъ и обстоятельствъ самаго дѣла. Это же самое должно сказать и по отношенію къ тому роду неосторожности, которая происходитъ отъ необдуманности и встрѣчается, когда дѣйствующій, хотя и знаетъ свойство своего дѣйствія, но вовсе не думаетъ объ немъ въ минуту его совершенія. Самымъ приличнѣйшимъ наказаніемъ для этаго случая было бы строжайшее одиночество, которое, всего скорѣе, приучаетъ человѣка къ размышленію, но которое, однакожъ, не должно быть слишкомъ продолжительно. Вообще, по отношенію къ неосторожнымъ дѣйствіямъ, должно принять за правило: а) чѣмъ ближе неосторожность къ злонамѣренности, тѣмъ больше должно быть и наказаніе, и b) чѣмъ далѣе неосторожность отъ злонамѣренности, тѣмъ менѣе должно быть и наказаніе (82). Но когда неосторожность близко граничитъ къ злонамѣренности и когда далеко отстоитъ отъ нее? Рѣшить это вообще трудно и даже невозможно потому, что случаи преступленій неосторожныхъ такъ разнообразны, что для нихъ мудрено пріискать какое-

либо общее основаніе. Этому, однакожъ, не всѣ вѣрятъ, даже и въ наше время, и потому раздѣляютъ, большею частію, всѣ случаи culpa, то на три степени: culpa lata, levis и levissima (83), то на двѣ: culpa lata и levis (84).

Противъ раздѣленія на три степени Фейербахъ, который держится раздѣленія только на двѣ степени, весьма справедливо замѣчаетъ слѣдующее: съ полнымъ правомъ, говоритъ онъ, можно сказать, что culpa имѣетъ столько степеней, сколько есть возможныхъ случаевъ ея. Каждый проступокъ, по особенному свойству дѣйствія, по различію внѣшнихъ обстоятельствъ, при которыхъ совершается, по неодинаковому роду связи между дѣйствіемъ и его послѣдствіемъ, по большей или меньшей степени образованности дѣйствующаго, по различію обязанностей, которыя лежатъ на немъ и т. д., безконечно видоизмѣняется такъ, что, можетъ быть, ни одинъ случай совершенно не походитъ на другой, по отношенію къ степени виновности. Между грубѣйшимъ проступкомъ и малѣйшею неосторожностію заключается необозримый рядъ степеней, которыя, посредствомъ переходовъ, совершенно непримѣтныхъ, сливаются одна съ другою. Чтобы исчерпать всѣ эти степени, недостаточенъ ни всеобъемлющій геній законодателя ни глубокая расчет-

ливость судьи. Поэтому, чтобы управлять приговоромъ послѣдняго и ограничивать его произволъ, первый можетъ обозначать только самыя крайнія и наиболѣе примѣтныя точки и собирая, такимъ образомъ, все безчисленное разнообразіе модификацій подъ эти точки, фиксировать въ огромныхъ массахъ, для ограниченнаго взора человѣка, различныя степени culpa. Но для этой цѣли единственно приличное средство есть то, когда онъ раздѣляетъ всѣ степени culpa только на двѣ части и какъ бы проводитъ между ними пограничную черту, опредѣляя общіе характеристическіе признаки, которыми область грубыхъ проступковъ отдѣляется отъ области незначительныхъ (85).

Дѣйствительно, степени culpa такъ безчисленны и разнообразны и такъ не похожи одна на другую, что никакія человѣческія силы недостаточны для того, чтобы исчерпать ихъ совершенно. Что же бы, поэтому, была за польза, если бы она, въ какомъ либо законодательствѣ, была раздѣлена на три степени и для каждой изъ нихъ назначено опредѣленное наказаніе (86)? Слѣдоват. Фейербахъ совершенно правъ, когда находитъ это раздѣленіе безполезнымъ. Но правъ ли онъ и тогда, когда предлагаетъ раздѣлять ее только на двѣ степени? Если недостаточно тройное раз-

дѣленіе, то почему же достаточно двойное? Если то не исчерпываетъ всѣхъ случаевъ, то какъ же можетъ исчерпывать это? Но это только крайнія точки, подъ которыя судья долженъ подводить встрѣчающіеся случаи. Но Фейербахъ, самъ же, говоритъ, что между грубымъ проступкомъ и маловажною неосторожностію находится безчисленное множество степеней, которыя слѣдов. не могутъ быть отнесены ни къ culpa lata ни къ culpa levis. Что же, спрашивается, за польза обозначать эти крайнія точки? Не значитъ ли это, напротивъ, уполномочивать судью быть иногда слишкомъ строгимъ, а иногда слишкомъ снисходительнымъ? Если эти точки обозначены въ законахъ и за всѣ возможныя, неосторожныя преступленія опредѣлены только два рода наказанія, то судья по необходимости долженъ видѣть вездѣ или culpa lata или же culpa levis, хотя бы преступленіе въ данномъ случаѣ и не было ни то ни другое, а слѣд. иногда быть жестокимъ, а иногда слабымъ (87).

Самое Римское право, на авторитетъ котораго, обыкновенно, ссылаются, когда раздѣляютъ culpa на три степени, продолжаетъ Фейербахъ, на самомъ дѣлѣ различаетъ только двѣ. Тройное же раздѣленіе навязало ему ошибочное мнѣніе его истолкователей. Уже Donellus (88) доста-

точно доказалъ это; но оно могло бы быть доказано и изъ другихъ доказательствъ, нежели какія приводитъ этотъ писатель, если бы только было умѣстно здѣсь разсуждать объ этомъ. Что для новаго законодательства лучше? Вотъ вопросъ, которымъ мы должны здѣсь заняться. Всякое раздѣленіе должно быть таково, чтобы его можно было прилагать къ опыту, чтобы, слѣдоват. границы, которыя проводятъ, не были неясны и вовсе неразличимы. Когда существуетъ грубый проступокъ и когда маловажный, — чтобы различить это, довольно и одного здраваго смысла; но если бы спросили, таковъ ли, въ извѣстномъ случаѣ, проступокъ, что онъ занимаетъ именно среднее мѣсто между самымъ грубымъ и маловажнымъ? — то на этотъ вопросъ всякой скромный и добросовѣстный практикъ отвѣчалъ бы непремѣнно: я незнаю этаго. Правда, если бы можно было изобрѣсти опредѣленное, легко приложимое къ опыту правило, которое бы точно обозначало границу, посредствомъ которой средняя сіра отдѣляется и отъ самой большой и отъ самой малой, то это тройное раздѣленіе было бы весьма важно въ практическомъ отношеніи. Но это правило невозможно, по крайней мѣрѣ не изобрѣтено доселѣ Но не можетъ ли служить доказательствомъ возможности этаго правила теорія Филанжіери? Если неосторожное дѣйствіе со-

стоитъ въ такой тѣсной связи съ противозаконнымъ послѣдствіемъ, что оно, какъ вѣроятное, могло быть предусмотрѣно, то эта теорія называетъ этотъ случай culpa lata, гдѣ же связь эта только возможна, тамъ она видитъ culpa levis, а culpa levissima она принимаетъ, наконецъ, тогда, когда связь между дѣйствіемъ и послѣдствіемъ невѣроятна (89). Это правило было бы удовлетворительно, если бы оно было довольно всеобъемлюще. Но такъ какъ степень culpa опредѣляется не одною связію между дѣйствіемъ и его послѣдствіемъ, то посредствомъ этаго и не находится никакой точной границы между степенями culpa. При этомъ затрудненіи опредѣлить отличительный характеръ средней степени, законодатель, если онъ своимъ стремленіемъ къ большей опредѣленности, нежели какая возможна для него, не хочетъ затемнить и того, что ясно, и сдѣлать свое законодательство неприложимымъ къ опыту, долженъ ограничиться болѣе простымъ, менѣе и дробнымъ, но за то болѣе практическимъ раздѣленіемъ только на двѣ степени. Двойная степень, по моему мнѣнію, дѣйствительно и проще и приложимѣе къ опыту. Между тѣмъ какъ при раздѣленіи на три степени должно отыскивать не одну, а многія границы, при двойномъ, напротивъ, нужно отыскивать одну. Вмѣсто того, что тамъ должно спрашивать: не есть ли проступокъ,

въ данномъ случаѣ, средній, не переходитъ ли въ малый, не переходитъ ли въ большой или малый, не есть ли средній или большой? — Здѣсь, напротивъ, слѣдуетъ рѣшить одинъ только вопросъ, какой проступокъ существуетъ въ данномъ случаѣ, большой или малой? Чрезъ эту простоту въ такомъ предметѣ, который основывается на тонкихъ психологическихъ нитяхъ, чрезвычайно много выигрывается для послѣдовательнаго и твердаго уголовнаго судопроизводства, не теряется же ничего. Если судья, руководствуясь правилами, данными въ законодательствѣ, находитъ главную степень, къ которой долженъ быть подведенъ данный случай, то ему уже нетрудно, въ этой степени, открыть особенныя модификаціи, которыми опредѣляется степень тяжести даннаго случая (90).

Въ самомъ дѣлѣ, раздѣленіемъ culpa на три степени судья поставляется въ слишкомъ затруднительное положеніе, по несуществованію и совершенной невозможности общаго правила, руководствуясь которымъ онъ могъ бы находить эти степени въ каждомъ данномъ случаѣ. Но если Фейербахъ думаетъ вывести его изъ этаго затруднительнаго положенія тѣмъ, что вмѣсто тройнаго раздѣленія принимаетъ двойное, то онъ ошибается. — Намъ представляется, говоритъ Оерстедъ, что съ перемѣною прежняго, тройнаго раздѣ-

ленія сиІра на двойное, уголовное законодательство не только ничего не выиграло, но и кое-что проиграло. Если проступокъ такого рода, что его съ полнымъ правомъ должно отнести къ средней степени, то судья, когда законодатель не признаетъ и этой степени, находится въ крайнемъ замѣшательствѣ, куда его отнести, къ самымъ грубымъ или къ самымъ маловажнымъ проступкамъ? Когда только двѣ степени наполняютъ всю область сиІра, то границы между ними нисколько не точнѣе, нежели между каждою изъ нихъ въ отдѣльности и среднею степенью. Только, когда признаютъ и среднюю степень, становятся удоборазличимыми границы между крайними точками и сомнѣніе, обыкновенно, раждается не о томъ, какой проступокъ должно считать грубымъ по отношенію къ другому и какой маловажнымъ, но о томъ, гдѣ оканчивается область грубыхъ проступковъ и начинается область маловажныхъ, слѣд. о границѣ между ними и среднею степенью. Поэтому и сами тѣ, которые, вмѣсто тройнаго раздѣленія сиІра, принимаютъ двойное, удерживаютъ не крайнюю степень, но среднюю, которая, однакожъ, у нихъ становится крайнею (91). — Съ этимъ замѣчаніемъ Оерстеда мы согласны совершенно, точно такъ же какъ и съ тѣмъ, что онъ говоритъ въ опроверженіе практической пользы и тройнаго раздѣленія сиІра. — Разграниченіе между тремя степенями сиІра, на основаніи троякаго раз-

личія связи дѣйствія съ послѣдствіемъ во всѣхъ неосторожныхъ преступленіяхъ, имѣетъ тотъ важный недостатокъ, по замѣчанію его, что оно не соотвѣтствуетъ тому представленію, которое мы имѣемъ, основываясь на одномъ здравомъ смыслѣ, объ относительной тяжести неосторожныхъ преступленій. Всякой согласится, что въ томъ заключается величайшая безпечность, когда кто, съ закуренною, непокрытою трубкою, идетъ на сѣноваль; сомнительно, однакожъ, чтобы кто нибудь сталъ утверждать, что вѣроятность пожара въ этомъ случаѣ болѣе, нежели невѣроятность, даже та и другая равна. Напротивъ, гораздо скорѣе можно принять противное потому, что такая неосторожность гораздо чаще проходитъ безъ всякихъ послѣдствій. По теоріи Филанжіери, слѣдов. была бы здѣсь самая маловажная вина; но здравый разсудокъ видитъ въ этомъ грубый проступокъ уже и потому, что дѣйствующій, изъ самаго ничтожнаго удовольствія, рискуетъ подвергнуть своихъ сосѣдей такому ужасному бѣдствію, каковъ пожаръ, тогда какъ его можно предотвратить, и не лишая себя этаго удовольствія, стоитъ только прикрыть плотно трубку. Равнымъ образомъ, здравый разсудокъ не найдетъ никакого сомнѣнія назвать грубымъ и неосторожнымъ убійствомъ тотъ случай, когда кто въ своемъ саду, гдѣ находятся люди, стрѣляетъ въ зайца и чрезъ это

убиваетъ человѣка, хотя и должно опять сознаться, что, за исключеніемъ особенныхъ обстоятельствъ, которыя здѣсь не предполагаются, это не самый обыкновенный и вѣроятный случай, чтобы подобный выстрѣлъ, вмѣсто зайца, убивалъ человѣка (92).

Изъ всего, доселѣ сказаннаго, открывается, что разграниченіе различныхъ степеней culpa — двухъ или трехъ — скорѣе ведетъ въ практикѣ къ вреднымъ послѣдствіямъ, нежели можетъ быть, въ какомъ бы то ни было отношеніи, полезнымъ. Отъ этаго другіе изъ новѣйшихъ криминалистовъ предлагаютъ, чтобы законодатель, не отдѣляя ни двухъ ни трехъ степеней culpa и не назначая никакого опредѣленнаго наказанія, узаконялъ только Maximum и Minimum послѣдняго и предоставлялъ судьѣ, внутри этихъ, закономъ опредѣленныхъ границъ, отыскивать всякой разъ наказаніе, которое наиболѣе сообразно съ тяжестію преступленія, такъ однако же, чтобы первымъ, сколько возможно точнѣе, указаны были послѣднему тѣ моменты, которые онъ имѣетъ при этомъ принимать въ расчетъ (93).

Въ этомъ, дѣйствительно, и должна заключаться вся дѣятельность законодателя по отношенію къ преступленіямъ неосторожнымъ отъ

шого, что въ этихъ преступленіяхъ и самый вопросъ о ихъ вмѣняемости вообще, не только степень виновности, можетъ быть рѣшаемъ въ каждомъ данномъ случаѣ не иначе, какъ на соображеніи личныхъ качествъ и особенныхъ обстоятельствъ дѣйствующаго, которыя, какъ уже замѣчено, ни въ одномъ случаѣ не одинаковы (94). Поэтому и самые моменты, на которые законодатель можетъ вообще указывать судьѣ, должны быть разсматриваемы, какъ примѣры, а не какъ изчерпывающія нормы. Говорятъ однакожъ, что такимъ образомъ предоставляется слишкомъ большой произволъ судьѣ, который легко можетъ быть опасенъ. Но и тогда, когда даютъ особенныя постановленія для различныхъ степеней неосторожности, чтобы такимъ образомъ уменьшить разстояніе, которое находится между наказаніемъ за крайнія степени неосторожности и наказаніемъ за среднія, развѣ ограничиваютъ, на самомъ дѣлѣ, произволъ судьи? — И въ этомъ случаѣ, обыкновенно, ему же предоставляютъ опредѣлять, къ какой степени должно быть отнесено неосторожное дѣйствіе въ данномъ случаѣ, равно какъ и избирать между многими, закономъ опредѣленными наказаніями то, которое онъ считаетъ приличнымъ въ этомъ случаѣ (95). Только тогда, когда всѣ неосторожныя преступленія раздѣляютъ на двѣ степени и предписыва-

юшъ и наказывать ихъ единственно двумя степенями наказанія, связываютъ, въ нѣкоторомъ отношеніи, руки у судьи, но отъ этаго неизбѣжно терпитъ справедливость, какъ уже замѣчено выше — невыгода, тѣмъ болѣе важная, что и цѣль, для которой это дѣлается, также не достигается совершенно потому, что и въ этомъ случаѣ все отъ судьи же зависитъ, какой проступокъ признать грубымъ и какой маловажнымъ (96). Есть и другія раздѣленія culpa (97), но онѣ, большею частію, произвольны, и потому безполезны и въ теоріи, не только въ практикѣ.

---

6. Заключаетъ ли въ себѣ преступное дѣйствіе полное и совершенное осуществленіе преступнаго намѣренія или же только ограничивается покушеніемъ къ нему? — и это также весьма важное обстоятельство. Кто совершенно выполняетъ свое намѣреніе, тотъ, очевидно, болѣе виновенъ, нежели кто начинаетъ выполнять его, но оставляетъ, не выполнивши совершенно. Поэтому перваго должно и наказать болѣе, нежели послѣдняго (98). Но и послѣдній можетъ быть иногда болѣе, а иногда менѣе виновенъ; слѣдовательно и его наказаніе не всегда должно быть одинаково, но въ нѣкоторыхъ случаяхъ болѣе, а въ другихъ менѣе (99). Это зависитъ, главнымъ образомъ, отъ слѣдующихъ обстоятельствъ: а) отъ

свойства внѣшняго дѣйствія, въ которомъ покушеніе обнаруживается; b) отъ причинъ, по которымъ оно оставляется, и c) отъ степени его близости или отдаленности отъ совершенія.

a) Иногда покушеніе не заключаетъ, само въ себѣ, никакого преступленія, но состоитъ въ дѣйствіи непредосудительномъ и незапрещенномъ законами, а иногда, напротивъ, оно и само уже есть преступленіе. Въ первомъ случаѣ вина преступника, очевидно, вдвое менѣе, нежели въ послѣднемъ, гдѣ онъ, мало того, что покушается на преступленіе, но и избираетъ для этаго средствомъ преступленіе же. Его должно, слѣдовательно, и наказать въ этомъ последнемъ случаѣ вдвое противъ перваго. Въ первомъ случаѣ надъ нимъ должно быть выполнено наказаніе только за покушеніе, а въ послѣднемъ, напротивъ, надлежало бы выполнить собственно два наказанія, одно за покушеніе, а другое за преступленіе, которое заключается въ самомъ покушеніи; но такъ какъ чрезъ это его участь слишкомъ бы отягчилась и онъ былъ бы наказанъ не легче, нежели за совершеніе, то въ практикѣ и избираютъ, въ этомъ случаѣ, изъ двухъ наказаній то, которое больше, и иногда наказываютъ только за покушеніе, а иногда только за преступленіе, съ присовокупленіемъ, однакожъ, нѣкотораго отягченія и въ томъ и другомъ случаѣ (100).

б). Также и причины, по которымъ покушеніе оставляется, могутъ быть двоякаго рода. Иногда преступленіе, которое преступникъ начинаетъ приводить въ исполненіе, согласно съ предположеннымъ намѣреніемъ, оставляется имъ, когда оно еще не выполнено совершенно потому, что онъ самъ добровольно отказывается отъ своего намѣренія; иногда же оно ограничивается покушеніемъ только отъ того, что встрѣчаются внѣшнія, непреодолимыя препятствія. Если совершеніе преступленія оставляется добровольно, то криминалисты, большею частію, требуютъ, чтобы покушеніе считалось, какъ бы несуществующимъ и виновный въ немъ оставался безъ всякаго наказанія, разумѣется, впрочемъ, если покушеніе не есть уже и само въ себѣ преступленіе; но и въ этомъ случаѣ они хотятъ, чтобы наказаніе назначалось только за это особенное преступленіе, а не за покушеніе (101). Вотъ доказательства, на которыхъ они основываютъ свое мнѣніе: тотъ, говоритъ Генке, кто добровольно отстаетъ отъ выполненія преступленія, не будучи вынужденъ никакою внѣшнею причиною, долженъ за покушеніе оставаться безъ всякаго наказанія, частію потому, что онъ заслуживаетъ эту пощаду за раскаяніе, доказанное самымъ дѣломъ, а частію потому, что для самаго же Государства весьма важно, чтобы преступленія не совершались. Увѣренность въ ненаказанности долж-

на быть, безспорно, сильнымъ побужденіемъ для преступника слѣдовать голосу совѣсти, которая увѣщеваетъ его возвратиться на путь долга. Если же онъ знаетъ, напротивъ, что и произвольно оставленное покушеніе не избавитъ его отъ наказанія, что слѣд. раскаяніемъ нельзя ничего выиграть, а выполненіемъ много проиграть, то законодательство, какъ бы само насильно увлекаетъ его отъ покушенія къ совершенію. По какимъ, впрочемъ, причинамъ оставляется совершенное выполненіе преступленія, по страху ли наказанія или по состраданію или же по невозможности противиться голосу пробудившейся совѣсти, — это совершенно все равно; также и то не дѣлаетъ никакого различія, какъ далеко заходитъ въ своемъ покушеніи тотъ, кто оставляетъ его добровольно. Предполагается, однакожъ, не только то, что покушеніемъ не произведено еще никакого вреда или противозаконнаго послѣдствія, но и то, что дѣйствіе не принадлежитъ къ такимъ преступленіямъ, которыя считаются по законамъ совершенными уже и тогда, когда совершается самое дѣйствіе, но изъ него не возникаетъ никакого послѣдствія. Если перваго условія нѣтъ, то виновный, хотя и не можетъ быть наказанъ за покушеніе къ тому преступленію, которое бы заключалось въ выполненіи дѣйствія, если доказано, что онъ ограничился покушеніемъ по доброй волѣ, но чрезъ это онъ не

освобождается, однакожъ, отъ наказанія за выполненное преступленіе, которое заключается въ причиненномъ вредѣ или въ произведенномъ, противозаконномъ послѣдствіи. Тотъ, напр., кто въ намѣреніи убить человѣка, уже ранитъ его опаснымъ образомъ, но подвигнутый состраданіемъ или и страхомъ наказанія отстаетъ отъ дѣйствія, хотя и не можетъ быть наказанъ за покушеніе къ смертоубійству, но чрезъ это не избавляется, однакожъ, и отъ наказанія за преступленіе членоповрежденія, совершенное вполнѣ посредствомъ покушенія (102). Но спрашивается: α) можно ли всегда навѣрное знать, почему преступникъ оставилъ свое преступное намѣреніе, которое уже началъ приводить въ исполненіе, потому ли, что воля его получила другое, лучшее направленіе, или же только потому, что встрѣтилъ дѣйствительныя или мнимыя препятствія, которыя, можетъ быть только теперь, и удержали его отъ совершеннаго окончанія преступленія, но не удержатъ послѣ, когда, при болѣе благопріятныхъ обстоятельствахъ, онъ будетъ въ состояніи преодолѣть ихъ? — Если же этаго всегда навѣрное нельзя знать, то нѣтъ ли опасности оставить иногда, безъ всякаго наказанія, такого преступника, котораго бы надлежало, напротивъ, подвергнуть еще большему наказанію, нежели другаго потому, что если преступникъ, вмѣсто того, чтобы совершенно оста

вить свое намѣреніе, которое не надѣется такъ хорошо выполнить теперь, по причинѣ встрѣтившихся, неожиданныхъ препятствій, только отлагаетъ его до другаго, болѣе благопріятнаго времени, то онъ, какъ человѣкъ хладнокровно разсуждающій и дѣйствующій навѣрное, и въ высшей степени испорченъ и опасенъ? Представимъ себѣ слѣдующій случай: А идетъ воровать въ домъ, приставляетъ къ нему лѣстницу, взходитъ на нее, готовъ уже влезть въ окно, но слышитъ условленный, предостерегательный сигналъ, который даетъ ему его сообщникъ, находящійся въ домѣ, и по этому только и оставляетъ свое преступленіе, отлагая его выполненіе до будущаго, болѣе благопріятнаго времени. Но преступленіе его открывается. Чтобы избавиться отъ заслуженнаго наказанія, онъ ссылается на то, что оставилъ свое намѣреніе добровольно. По неимѣнію доказательствъ противнаго, судья вѣритъ ему и отпускаетъ его безъ всякаго наказанія, — не для того ли, чтобы ему удалось въ другой разъ лучше выполнить свое преступное намѣреніе (103) ? β). Кромѣ того, всѣ доказательства, которыя приводятся въ пользу вышеупомянутаго мнѣнія, по сознанію самихъ защитниковъ его, заимствуются изъ уголовной политики. Уголовная же политика, какъ говоритъ самъ же Генке во многихъ мѣстахъ своихъ сочиненій, имѣетъ только второстепенную важность

въ области уголовнаго права (104). Поэтому ея требованія, хотя бы то и справедливыя, должны быть уважаемы единственно тогда, когда онѣ согласны съ началами права. Но спрашивается: ненаказанность покушенія, добровольно оставленнаго, можетъ ли быть доказана и изъ началъ права? Въ этомъ сомнѣваются опять и сами защитники этого мнѣнія. Такъ наприм. говоритъ одинъ изъ нихъ — Миттермайеръ: если разсматривать этотъ случай по началамъ права, то изъ нихъ, должно сознаться, нельзя вывести ненаказанности. Тотъ, кто съ злымъ намѣреніемъ предпринимаетъ цѣлесообразныя дѣйствія, наприм. уже подноситъ кубокъ съ ядомъ, уже заноситъ кинжалъ, уже подкладываетъ горючія вещества, но еще заблаговременно отнимаетъ ото рта врага своего — кубокъ съ ядомъ, бросаетъ кинжалъ, самъ тушитъ горючія вещества, уже совершилъ такія дѣйствія, которыя явно противозаконны и потому требуютъ наказанія (105). Но можетъ быть раскаяніе, которое доказано самымъ дѣломъ, не есть ли то юридическое основаніе, которое даетъ преступнику право на освобожденіе отъ наказанія? — Но еще ни одинъ криминалистъ не думалъ вообще утверждать, чтобы раскаяніе могло давать право на совершенную свободу отъ наказанія. Самъ Генке, который говоритъ въ этомъ особенномъ случаѣ, что преступникъ заслуживаетъ пощаду

за раскаяніе, во всѣхъ другихъ случаяхъ едва приписываетъ ему столько силы, чтобы оно могло имѣть вліяніе даже на уменьшеніе наказанія (106). Юридическаго основанія, избавлять въ этомъ случаѣ отъ наказанія, нѣтъ, слѣд. никакого. — Но есть ли дѣйствительно и политическія причины? Правда ли въ самомъ дѣлѣ то, что если бы Государство не оставляло безъ всякаго наказанія и того, кто добровольно оставляетъ безвредное покушеніе, то оно поощряло бы само къ окончанію однажды начатаго преступленія потому, что тогда бы преступникъ, оставляя его, не могъ много выигрывать, а не проигрывалъ бы ничего? — Напротивъ, намъ кажется, что и тогда бы онъ не былъ въ накладѣ потому, что наказаніе за покушеніе къ преступленію, которое состоитъ въ дѣйствіи, совершенно невинномъ само въ себѣ и оставляется добровольно, очевидно, могло бы быть только самое небольшое, особенно если сравнить его съ наказаніемъ за совершеніе. Притомъ такой меркантильный расчетъ едва ли можетъ быть свойственъ тому, кто, въ особенности по раскаянію, отстаетъ отъ своего преступнаго намѣренія. Если человѣкъ раскаявается въ своемъ поступкѣ, то конечно не по тому, что можетъ что нибудь выиграть отъ этаго, но отъ того, что находитъ его гнуснымъ; чувствуя же гнусность своего поступка, онъ не только далекъ отъ того, чтобы

торговаться на счетъ наказанія за него, — чтобы взвѣшивать, что ему выгоднѣе, оставить или совершить его, но и напротивъ, съ радостію готовъ подвергнуться всякому, даже и еще большому наказанію, нежели какое дѣйствительно заслуживаетъ потому, что видитъ въ немъ благодѣяніе, которое должно примирить его съ собственною совѣстію, съ другими и съ Государствомъ. Но и во всѣхъ другихъ случаяхъ едва ли возможенъ такой расчетъ. Ни страхъ наказанія ни состраданіе ни вообще никакое другое, сердечное чувство не допускаетъ такого спокойнаго и холоднаго сравненія выгодъ и невыгодъ злодѣянія потому, что онѣ, обыкновенно, невольны и когда овладѣваютъ человѣкомъ, то лишаютъ его свободы разсуждать и дѣйствовать спокойно и хладнокровно (107). Удивительно, какъ могло сдѣлаться почти всеобщимъ такое мнѣніе, несправедливость котораго такъ очевидна уже и съ перваго взгляда, а доказательства такъ слабы, что не выдерживаютъ никакой критики. Но и еще удивительнѣе то, что, не смотря на это, оно могло получить право гражданства почти во всѣхъ новѣйшихъ законодательствахъ, изъ которыхъ однѣ, какъ напр. Пруское (108), считаютъ разбираемый нами случай однимъ изъ тѣхъ, гдѣ судья непремѣнно долженъ дѣлать предложеніе законодателю о помиловани, а другія даже и прямо изрекаютъ его

ненаказанность, какъ наприм. Австрійское (109) и Баварское (110). Только одно наше законодательство, которое къ счастію осталось, большею частію, недоступнымъ для теоретическихъ толковъ, справедливо признаетъ, что и покушеніе, добровольно оставленное, не должно быть освобождаемо отъ наказанія. Это наказаніе должно быть, впрочемъ, разумѣется само собою, несравненно меньше, нежели въ томъ случаѣ, когда преступникъ оставляетъ свое намѣреніе только потому, что встрѣчаетъ внѣшнія непреодолимыя препятствія (111). Но какъ должно наказывать и въ этомъ послѣднемъ случаѣ? Наравнѣ ли съ совершеніемъ потому, что несовершеніе зависитъ здѣсь не отъ воли преступника, но отъ внѣшнихъ случайныхъ обстоятельствъ; или же, напротивъ, менѣе противъ совершенія? Хотя и правда, что когда преступленіе не совершается, согласно съ предложеннымъ намѣреніемъ, единственно потому, что встрѣчаются внѣшнія непреодолимыя препятствія, — направленіе воли преступника не измѣняется нисколько, но вина его все менѣе, нежели когда бы преступленіе было имъ совершенно окончено; еще недостаетъ чего-то въ его дѣятельности, необходимой для образованія полнаго понятія о преступленіи, и кромѣ того еще остается неизвѣстнымъ, былъ ли бы пополненъ этотъ недостатокъ, если бы не встрѣтилось внѣшняго

препятствія (112). Изъ новѣйшихъ законодательствъ одно только Французское наказываетъ, наравнѣ съ совершеніемъ, покушеніе, которое оставляется не добровольно, но по причинѣ встрѣтившихся препятствій; но за то оно и понимаетъ его слишкомъ тѣсно (113).

Между тѣмъ какъ всѣ криминалисты признаютъ за справедливое наказывать покушеніе, хотя и въ меньшей степени противъ совершенія, и въ томъ случаѣ, когда оно оставляется по внѣшнимъ только и случайнымъ причинамъ, въ то же самое время, по какой-то странной непослѣдовательности, они отрицаютъ, напротивъ, справедливость его наказанія тогда, когда оно остается безъ всякихъ послѣдствій единственно потому, что преступленіе предпринимается съ недостаточными средствами, которыя не могутъ вести къ предположенной цѣли (114).

Необходимое условіе того, чтобы дѣйствіе могло быть названо покушеніемъ къ преступленію, говоритъ Фейербахъ, состоитъ въ томъ, чтобы оно было объективно опасно или такое, чтобы преднамѣренное послѣдствіе могло произойти изъ него по естественному порядку вещей, хотя бы этаго дѣйствительно и не случилось. Но объ дѣйствіи, которое предпринимается съ недоста-

точными средствами, сказать этаго нельзя. Поэтому оно и должно оставаться безъ всякаго наказанія. Итакъ должно считать невиннымъ того, кто въ намѣреніи отравить, вмѣсто яда, дастъ, по ошибкѣ, напр. сахаръ. Въ этомъ случаѣ преступленіе заключается только въ противозаконномъ намѣреніи. Но одно намѣреніе не рѣшитъ ничего. Кто говоритъ о преступленіи въ подобныхъ случаяхъ, тотъ явно смѣшиваетъ между собою право и нравственность, дѣятельность полиціи и дѣятельность уголовной юстиціи, и долженъ и того Баварца признать виновнымъ въ покушеніи къ смертоубійству, который ходилъ пѣшкомъ на богомолье за тѣмъ, чтобы замолить до смерти своего врага (115).

Но и еще подробнѣе распространяется объ этомъ предметѣ Миттермайеръ, который старается защитить мнѣніе своего учителя, главнымъ образомъ, слѣдующими доказательствами: $\alpha$) если Государство наказываетъ покушеніе, то дѣлаетъ это не потому, что дѣйствующій обнаруживаетъ намѣреніе совершить преступленіе, но потому, что онъ дѣйствительно совершаетъ извѣстное правонарушительное дѣйствіе, которое запрещено законами; $\beta$) говорить о покушеніи напр. къ ядоотравленію въ томъ случаѣ, когда кто нибудь, съ злымъ умысломъ, подноситъ дру-

гому вмѣсто яда ртуть или сахаръ, значило бы противорѣчить буквальному значенію и здравому смыслу. γ) Если можетъ подлежать наказанію дѣйствіе, неспособное по своему существу произвести извѣстное послѣдствіе, нарушающее правомѣрный порядокъ, то по отношенію къ покушенію нельзя говорить объ особенныхъ свойствахъ, требуемыхъ закономъ для извѣстнаго преступленія и оно можетъ подлежать наказанію только, какъ покушеніе вообще, а не какъ покушеніе къ извѣстному преступленію. δ) Когда не требуется и извѣстнаго объективнаго свойства, то единственно отъ существующаго при томъ намѣренія поставляется въ зависимость то, къ какому роду преступленій должно причислить данное дѣйствіе. ε) Въ такомъ случаѣ уничтожается различіе между покушеніемъ ближайшимъ и отдаленнымъ. ζ) Если бы одного намѣренія, безъ различія объективнаго свойства дѣйствія, могло быть достаточно для того, чтобы подвергать его послѣдствіямъ уголовнаго закона, то въ этомъ случаѣ собственное признаніе было бы единственнымъ доказательствомъ и теорія доказательствъ, которая, обыкновенно, принимается всѣми, уничтожилась бы совершенно; тогда бы употребленіе наказанія основывалось единственно на томъ, захочетъ ли виновный признаться въ своемъ намѣреніи или нѣтъ. Наконецъ η) если принять противное мнѣніе, то можно дойти до

нелѣпостей. Тогда бы и ту беременную дѣвицу, которая, по совѣту врача, данному въ намѣреніи удержать ее отъ преступленія, принимаетъ ежедневно двѣ ложки порошка, содержащаго въ себѣ сахаръ, въ полной увѣренности, что этимъ вытравитъ дитя, родитъ, однакожъ, благополучно, надлежало бы подвергнуть наказанію за покушеніе къ вытравленію плода, равно какъ и того, кто идетъ воровать въ домъ, по ошибкѣ съ пустымъ шемлякомъ, должно бы было наказать, какъ за покушеніе къ вооруженному воровству и т. д.? Вообще, заключаетъ Миттермайеръ, то мнѣніе, которое не обращаетъ вниманія на цѣлесообразность средствъ, смѣшиваетъ уголовное право и полицію. Когда хотятъ наказывать и того, который напр. вмѣсто яда даетъ сахаръ, то дѣлаютъ это потому, что опасаются за будущее, предполагая, что дѣйствующій, какъ скоро узнаетъ свою ошибку, то приметъ лучшія мѣры и выполнитъ преступленіе. Но опасеніе за будущее не есть основаніе къ наказанію, а требуетъ только болѣе бдительности со стороны полиціи; справедливость не позволяетъ наказывать, когда еще, дѣйствительно, не совершено никакого неправаго дѣла потому, что она считаетъ заключеніе отъ возможности къ дѣйствительности недостаточнымъ и совершенно послѣдовательно наказываетъ только тогда, когда тотъ, кто, въ первой разъ,

избралъ недостаточное средство, избраетъ, въ другой, достаточное (116).

Впрочемъ, хотя мнѣніе Фейербаха и есть болѣе господствующее и въ наше время и не только въ Германіи, но и въ другихъ Государствахъ, напр. во Франціи, гдѣ оно, какъ увидимъ ниже, даже признается въ законахъ, нельзя однакожъ сказать, чтобы оно не имѣло и сильныхъ противниковъ. Они раздѣляются на двѣ партіи, изъ которыхъ одна возстаетъ противъ этаго мнѣнія только по отношенію къ средствамъ, которыя оказываются недостаточными единственно въ данномъ случаѣ (in concreto), достаточны, однакожъ, сами въ себѣ (in abstracto); другая же, напротивъ, опровергаетъ его вообще, безъ всякаго различія средствъ. Первой партіи, кромѣ многихъ другихъ, держится и уже извѣстный намъ криминалистъ Генке въ Германіи, а во Франціи Росси.

Совершенно все равно, замѣчаетъ Генке, были ли, въ данномъ случаѣ, избранныя средства, дѣйствительно, достаточны къ достиженію предположенной цѣли или же эта ихъ достаточность существовала только во мнѣніи дѣйствующаго. Покушеніе къ преступленію, а слѣд. и основаніе къ наказанію не можетъ быть отвергнуто ни въ томъ ни въ другомъ случаѣ. Кто хочетъ умерт-

вишь другаго ядомъ, но, по недостатку химических свѣдѣній, смѣшиваетъ между собою ядовитыя вещества и т. о. неутрализируетъ ихъ, тотъ подлежитъ наказанію за преднамѣренное ядоотравленіе, не смотря на то, что изъ его дѣйствія, по законамъ физическимъ, не могло рѣшительно произойти этаго преступленія. Тоже самое должно сказать и о томъ, кто въ намѣреніи убить поджидаетъ на мѣстѣ человѣка, котораго отсутствіе ему неизвѣстно, равно какъ и о ворѣ, который беретъ съ собою слишкомъ короткую лѣстницу, и о плутѣ, который вздумалъ такъ неискусно плутовать, что его плутовство явно для всякаго. Кто, какъ то многіе дѣлаютъ, утверждаетъ противное, забываетъ, что перемѣна, которую дѣйствіе производитъ во внѣшнемъ мірѣ, составляетъ только поводъ къ наказанію, а не предметъ его потому, что наказаніе, если оно не должно быть произвольнымъ, должно всегда падать, главнымъ образомъ, на волю, которая проявляется въ противозаконныхъ дѣйствіяхъ. Самое же дѣйствіе есть достаточный поводъ къ наказанію, когда въ немъ содержится начало преднамѣреннаго преступленія и слѣд. когда оно за то, что направляется къ совершенію преступленія и предпринимается въ нарушеніе закона, запрещающаго его, можетъ быть подведено подъ этотъ законъ. Если бы, однакожъ, средства, избранныя

дѣйствующимъ, были совершенно недостаточны для предполагаемой цѣли, то, хотя бы онъ на самомъ дѣлѣ и имѣли то свойство, которое предполагаетъ въ нихъ дѣйствующій, дѣйствіе это не могло бы быть названо покушеніемъ, заслуживающимъ наказаніе потому, что оно не можетъ быть подведено подъ законъ и слѣд. не заключаетъ въ себѣ и нарушенія его. Безспорно, поэтому, что тотъ, упоминаемый Фейербахомъ Баварецъ, долженъ быть освобожденъ отъ всякаго наказанія, который ходилъ на богомолье, чтобы замолить до смерти своего врага, хотя бы послѣдній и дѣйствительно умеръ потому, что законы Государства могутъ угрожать наказаніемъ только за такое покушеніе, которое, хотя не in concreto, по крайней мѣрѣ in abstracto, въ состояніи произвести предположенное преступленіе (117).

Почти также разсуждаетъ и Росси. Между покушеніями, говоритъ онъ, которыя не удаются по случайнымъ обстоятельствамъ, есть, безъ сомнѣнія, такія, которыя останавливаются физическою, непреодолимою силою, и такія, которыя совершенно невозможны. Должно ли и къ первымъ прилагать то же самое правило, которое мы прикладываемъ къ послѣднимъ? освобождать ихъ отъ всякаго наказанія? Послѣднія невозможны по обыкновенному порядку вещей; ихъ невозмож-

ность доказана опытомъ. Пусть повторять то же дѣйствіе десять, двадцать разъ, преступленіе не совершится. Но можно ли сказать тоже и о ворѣ, у котораго ломается инструментъ тогда, когда онъ открываетъ шкафъ, или и о разбойникѣ, котораго разбиваютъ взбѣсившіяся лошади и увлекаютъ далеко отъ путешественника въ минуту, когда онъ хочетъ ограбить его? Воровство при пособіи инструмента, разбой по усмиреніи лошадей возможны. Воръ и разбойникъ сдѣлали все, что нужно для успѣха; пусть они повторятъ тоже дѣйствіе и они успѣютъ. Это обыкновенный порядокъ вещей. Происшествіе противное совершенно случайно въ глазахъ человѣка; его не могъ предвидѣть ни преступникъ ни Государство. Опасность, поэтому, не уменьшается нисколько чрезъ это отступленіе отъ обыкновеннаго порядка вещей и намѣреніе преступника несомнѣнно. Напротивъ въ первомъ случаѣ если бы даже преступное намѣреніе и было извѣстно, то гдѣ была бы опасность для Государства? Гдѣ вредъ матеріальный? Что ему до того, что дѣлаютъ попытки къ дѣйствіямъ невозможнымъ? Эти дѣйствія, говорятъ, показываютъ развратность воли, которая опасна. Слѣд. хотятъ выходить за предѣлы уголовной юстиціи и наказывать развратность вообще, подъ предлогомъ дѣйствія, которое не производитъ никакого матеріальнаго вреда, даже не возбуждаетъ никакого осно-

вательнаго опасенія? Но тогда было бы еще болѣе причинъ наказывать людей, явно порочныхъ и преданныхъ опаснымъ навыкамъ. Они болѣе опасны, нежели безумецъ, который однажды пытается совершить дѣйствіе невозможное. Говоря собственно, это даже злоупотребленіе словъ называть подобныя дѣйствія покушеніемъ къ отравленію, къ убійству, къ отцеубійству и пр. Такъ какъ покушеніе есть начало исполненія, то тамъ не можетъ быть покушенія, гдѣ думаютъ сдѣлать что нибудь невозможное. Если здѣсь нѣтъ сумасшествія, то можетъ быть нравственная испорченность въ соединеніи съ невѣжествомъ или заблужденіемъ, но нельзя начинать, кромѣ того, что возможно потому, что понятіе о началѣ предполагаетъ возможность достигнуть конца чрезъ употребленіе средствъ, болѣе или менѣе продолжительное (118).

Это различеніе между средствами, in abstracto и in concreto недостаточными, такъ показалось основательнымъ и самому Миттермайеру, что онъ отказался отъ своего мнѣнія и принялъ это (119). Но Оерстедъ недоволенъ и имъ и утверждаетъ, что каковы бы ни были средства, in abstracto или и только in concreto недостаточныя, но покушеніе существуетъ всегда. Защищая свое мнѣніе, онъ сперва опровергаетъ Фейербаха, а потомъ Миттермайера.

Противъ Фейербаха писатель этотъ говоритъ слѣдующее: безспорно, что зло, которое причиняетъ извѣстное дѣйствіе, можетъ быть только побудительною причиною къ угроженію наказаніемъ, а не его предметомъ и что этотъ предметъ, гораздо вѣроятнѣе, заключается въ злой волѣ, выраженной во внѣшнемъ дѣйствіи. Если же это правда, то не видно, почему внѣшнее дѣйствіе, которое имѣетъ цѣлію нарушеніе закона, потому только не должно подлежать наказанію, что оно, по неизвѣстной самому дѣйствующему причинѣ, не производитъ ожиданнаго послѣдствія, хотя онъ ясно выразилъ въ немъ намѣреніе, которое хочетъ предотвратить законъ. Фейербахъ, правда, утверждаетъ, что гражданское наказаніе невозможно безъ дѣйствія, противорѣчащаго внѣшнему праву, но онъ утверждаетъ также и то, что дѣйствіе тогда только противорѣчитъ праву, когда оно нарушило или по крайней мѣрѣ привело въ опасность какое-либо право. Но послѣднее заключается и въ приводимомъ имъ примѣрѣ, когда дѣйствіе принимать такъ, какъ оно есть само въ себѣ, т. е. какъ извѣстное проявленіе воли, а не такъ какъ оно оказывается въ своихъ послѣдствіяхъ послѣ того, какъ встрѣтились непредвидѣнныя препятствія. Дѣйствіе заключается въ примѣрѣ, который приводитъ Фейербахъ, въ поднесеніи вещества, принимаемаго за ядъ. Это дѣйствіе, по своему существу, застав-

ляетъ опасаться за жизнь того, кого преступникъ хотѣлъ отравить. Что поднесенное вещество дѣйствительно не заключаетъ въ себѣ предполагаемаго свойства, это уничтожаетъ только вредительность, но не опасность дѣйствія. Объ опасности нельзя имѣть другаго понятія, какъ что дѣйствіе было бы вредно, если бы этому не воспрепятствовало другое случайное обстоятельство. Что, при всѣхъ данныхъ обстоятельствахъ, можетъ вредить, то вредитъ дѣйствительно; гдѣ слѣдъ находятся всѣ условія для выполненія преднамѣреннаго дѣйствія, тамъ оно дѣйствительно выполняется. Полная возможность не различается отъ дѣйствительности. Если между вредительностію и опасностію должно существовать различіе, то оно можетъ заключаться только въ томъ, что послѣднее понятіе отвлекаютъ отъ обстоятельствъ въ дѣйствительности, для которой недостаетъ вреда, причиняемаго, впрочемъ, дѣйствіемъ. Если скажутъ, что это дѣйствіе не угрожаетъ опасностію ничьему праву потому, что безвредное вещество не можетъ никого умертвить, если даже оно поднесено съ намѣреніемъ отравить другаго, то можно бы было также сказать, что если выстрѣлъ не попалъ въ его жертву, то онъ не заключаетъ въ себѣ ничего опаснаго или заслуживающаго наказаніе потому, что и невѣрный выстрѣлъ также мало можетъ причинить

смерть или тѣлесное поврежденіе. — Примѣръ Баварца, который приводитъ Фейербахъ, также ничего не доказываетъ. Кто не видитъ различія между этими случаями? Если бы даже на время можно было принять то, что горячая молитва можетъ склонить Высочайшее Существо къ тому, чтобы сократить жизнь нашего врага, то лишеніе жизни такимъ образомъ не заключало бы въ себѣ того свойства, которое необходимо, чтобы оно могло быть наказано, т. е. не состояло бы въ дѣйствіи правонарушительномъ. Тѣмъ менѣе покушеніе къ нему можетъ быть разсматриваемо, какъ дѣйствіе преступное. Кромѣ того законы о смертоубійствѣ могутъ относиться только къ естественнымъ средствамъ лишенія жизни. Что можетъ дѣлать неисповѣдимая злоба для того, чтобы, сверхъестественными средствами, отнять у кого нибудь жизнь, то не заключаетъ въ себѣ такой опасности, отъ которой бы законы должны были защищать гражданина. Итакъ, кто старался причинить другому смерть посредствомъ злыхъ духовъ, тотъ не могъ бы подлежать наказанію, по законамъ о смертоубійствѣ.

Послѣ Фейербаха, Оерстедъ нападаетъ на Миттермайера, не касаясь, однакожъ, его перваго и главнаго доказательства, которое у него одно съ Фейербахомъ, но поражая только на второсте-

пенныхъ пунктахъ. — Авторъ говоритъ, замѣчаетъ Оерстедъ, что: $\alpha$) противно буквальному значенію и здравому смыслу говорить о поднесеніи яда въ томъ случаѣ, когда кто, съ злымъ умысломъ, поднесъ другому ртуть или сахаръ; но не также ли бы противорѣчило буквальному смыслу называть смертоубійцею того, кто дѣйствительно подалъ другому смертельный ядъ, когда послѣдній отъ него не умираетъ. Но если въ послѣднемъ случаѣ имѣетъ мѣсто покушеніе къ смертоубійству, то также сообразно съ буквальнымъ значеніемъ говорить, что тотъ, кто, намѣреваясь умертвить другаго, подалъ ему мнимый ядъ, сдѣлалъ покушеніе къ смертоубійству, хотя онъ и обманулся въ своемъ мнѣніи на счетъ свойства употребленнаго имъ средства. $\beta$) Этотъ криминалистъ утверждаетъ, что если можетъ подлежать наказанію дѣйствіе, неспособное по своему существу произвесть извѣстное послѣдствіе, нарушающее правомѣрный порядокъ, то по отношенію къ покушенію нельзя говорить объ особенныхъ свойствахъ, требуемыхъ закономъ для извѣстнаго преступленія и оно можетъ подлежать наказанію только, какъ покушеніе вообще, а не какъ покушеніе къ извѣстному преступленію. Но этаго мы никакъ не можемъ допустить. Чтобы извѣстное дѣйствіе можно было назвать покушеніемъ къ преступленію, требуется, чтобы дѣйствующій не

только желалъ его со всѣми, закономъ опредѣленными свойствами, но также должно обращать вниманіе и на то, въ какомъ отношеніи состоитъ, къ исполненію цѣлаго намѣренія или его части, дѣйствіе, въ которомъ это желаніе обнаружено. Виновный подвергается наказанію только за то, чего желалъ и въ дѣйствительномъ мірѣ старался произвесть. Здѣсь должно разсмотрѣть всѣ постановленія законовъ о существенныхъ условіяхъ для составленія полнаго понятія о преступленіи, хотя само собою очевидно, что если законы требуютъ для этаго и извѣстнаго послѣдствія, то здѣсь чего-то недостаетъ въ законныхъ условіяхъ, почему закономъ опредѣленное наказаніе и должно быть уменьшено. γ) Также приводитъ авторъ, что если не требуется извѣстнаго объективнаго свойства, то единственно отъ намѣренія, притомъ существующаго, поставляется въ зависимость то, къ какому роду преступленій должно причислить данное дѣйствіе. Но не тоже ли должно сказать часто и тамъ, гдѣ, для выполненія преступнаго намѣренія, употребляются надлежащія средства? Если кого нибудь схватываютъ въ то время, какъ онъ пробирается въ чужой домъ, то при этомъ можно предполагать въ немъ намѣреніе умертвить, обокрасть, посѣтить свою любовницу и т. д. Авторъ, безъ сомнѣнія, согласится съ нами, что, по этимъ различнымъ взглядамъ, виновность дѣй-

ствующаго представляется весьма различною, хотя во внѣшней формѣ дѣйствія и не измѣняется ничего. δ) Также не представляется яснымъ, почему нельзя дѣлать различія между покушеніемъ ближайшимъ и отдаленнымъ, когда преступленіе предпринимается съ недостаточными средствами. Кто досталъ себѣ мнимый ядъ, насыпалъ его въ кушанье, которое хочетъ подать тому, кого намѣренъ умертвить, еще не такъ виновенъ въ покушеніи, какъ тотъ, который достигъ того, что кушанье съѣдено тѣмъ, кого онъ думалъ умертвить. ε) Равнымъ образомъ и общепринятая теорія доказательствъ нисколько не уничтожается нашимъ мнѣніемъ. Внѣшнія обстоятельства могутъ, очень хорошо, открыть злое намѣреніе и тогда, когда бы дѣйствіе случайно и по причинамъ, которыя дѣйствующему неизвѣстны, не могло произвести предпамѣреннаго имъ правонарушенія, напр. можетъ случиться, что кто нибудь, въ намѣреніи совершить ядоотравленіе, требуетъ у другаго яда, но получаетъ безвредное вещество, которое онъ и подноситъ тому, кого желаетъ умертвить. Также ненужно собственнаго признанія для того, чтобы обличить виновныхъ и въ другихъ подобныхъ преступленіяхъ. Не смотря на это, авторъ въ этихъ случаяхъ долженъ бы былъ допустить безнаказанность. Впрочемъ, теорія доказательствъ этаго писателя, и вообще чрезвычайно опасна и

страина. По его мнѣнію, преступленіе можно считать вполнѣ доказаннымъ только тогда, когда несомнѣнно доказано, что напр. въ ядоотравленіи смерть послѣдовала дѣйствительно не отъ чего другаго, какъ отъ даннаго вещества, которое было точно ядъ, когда, слѣдовательно, объективное свойство преступленія, которымъ оно отличается отъ всѣхъ другихъ, навѣрное извѣстно. Но всегда ли это возможно? Если бы даже тотъ, кому датъ ядъ, умеръ, то и въ этомъ случаѣ рѣдко бываетъ возможно доказать, что поднесенное ему вещество было дѣйствительно ядъ, съ такою несомнѣнностію, которой бы криминалисты, принявъ эту теорію, должны были послѣдовательно требовать потому, что, когда приписываютъ наибольшую важность послѣдствію и несомнѣнному свойству дѣйствія произвести это послѣдствіе, то это ведетъ совсѣмъ къ другимъ требованіямъ по отношенію къ доказательству, нежели когда дѣйствіе, производимое съ преступнымъ намѣреніемъ, разсматриваютъ, какъ главное обстоятельство, а на причинное отношеніе между нимъ и дѣйствительною вредительностію обращаютъ вниманіе только, поколику изъ него можно узнать самое намѣреніе и свойство дѣйствія и поколику оно имъ подтверждается. Наконецъ ζ) и результаты, которые выводитъ Миттермайеръ изъ опровергаемаго имъ мнѣнія, могутъ быть соблазнительны

шолько для него. Еслибы судья, въ случаяхъ приводимыхъ Митшермайеромъ и другихъ подобныхъ, вздумалъ сомнѣваться въ справедливости наказанія, то здравый разсудокъ скорѣе бы призналъ, въ этомъ сомнѣніи, странную юридическую тонкость. Отсюда не должно, впрочемъ, заключать, чтобы такіе случаи должно было дѣйствительно наказывать, но аргументація автора, заимствованная имъ отъ несообразности слѣдствій, нисколько нейдетъ къ дѣлу (120).

Съ мнѣніемъ Оерстеда и въ сущности и съ доказательствами его согласны и мы, только первое мы высказали бы иначе, нежели онъ, т. е. приспособительно къ началамъ нашей теоріи, а не теоріи устрашенія, которой держится и Оерстедъ, вмѣстѣ съ Фейербахомъ. Дѣйствительно, основаніе, почему покушеніе наказывается, не заключается ни въ томъ, что дѣйствіе, въ которомъ оно обнаруживается, объективно опасно или, что тоже, такого рода, что оно, по обыкновенному порядку вещей, можетъ вести, хотя дѣйствительно и не ведетъ къ преднамѣренному вредному послѣдствію, какъ думаетъ Фейербахъ, ни въ томъ, что дѣйствительно содержитъ въ себѣ извѣстное, правонарушительное дѣйствіе, которое запрещено законами. Вообще, этотъ вопросъ, вредно ли покушеніе уже и само въ себѣ, незави-

симо отъ его направленія къ совершенію преступленія, — есть только второстепенный, такъ, что покушеніе можетъ, также хорошо, состоять и въ дѣйствіи, само въ себѣ безвредномъ и неопасномъ, даже субъективно, вопреки Оерстеду, который долженъ былъ утверждать это, принявши однажды навсегда, согласно съ началами теоріи устрашенія, за главное основаніе наказанія, опасность, которою преступленіе угрожаетъ Государству, — какъ и въ дѣйствіи, вредномъ и опасномъ и само въ себѣ (121). На этомъ именно основывается принимаемое во всѣхъ законодательствахъ и руководствахъ раздѣленіе conatus на простой и квалифицированный (122). Если покушеніе есть простое или, что тоже, состоитъ въ дѣйствіи, само въ себѣ безвредномъ и невинномъ, то оно наказывается только менѣе, нежели когда оно есть квалифицированное, т. е. состоитъ въ дѣйствіи, уже и само въ себѣ вредномъ, но все, однакожъ, наказывается. Это послѣднее обстоятельство есть слѣд. основаніе только къ большему наказанію, а не къ наказанію вообще. Основаніе вообще къ наказанію покушенія заключается, напротивъ, въ противозаконномъ намѣреніи, которое ясно выражается во внѣшнемъ дѣйствіи, предпринимаемомъ съ цѣлію совершенія преступленія. Главное, слѣд. что дѣлаетъ покушеніе преступнымъ, есть его направленіе къ совершенію преступленія; то же,

что оно и само состоитъ, иногда, въ преступномъ дѣйствіи, усиливаетъ только его преступность и не можетъ быть принимаемо за необходимое условіе наказанія уже и потому, что встрѣчается не вездѣ. Отъ чего же, иначе, наказываются иногда и самыя отдаленныя приготовленія къ преступленію, которыя состоятъ, большею частію, въ дѣйствіяхъ дозволенныхъ и только отъ того дѣлаются преступными, что предпринимаются для дѣйствія, преступнаго само въ себѣ? И эти дѣйствія, какъ объективно невредныя, надлежало бы оставлять безъ всякаго наказанія. Внѣшняго послѣдствія онѣ не имѣютъ никакого, и если предположить, что дѣйствующій всегда могъ отказаться отъ продолженія подобнаго дѣйствія, не только вынужденный внѣшними препятствіями, противъ воли, но и добровольно, то здѣсь нельзя принять даже и вѣроятнаго внѣшняго послѣдствія. И какъ много дѣйствій, кромѣ того, которыя не нарушаютъ никакого права, тѣмъ не менѣе, однако же, наказываются? Если бы главная причина, почему преступленія наказываются, заключалась въ ихъ опасности и вредительности, то можно бы было говорить и о дѣйствіяхъ животныхъ, заслуживающихъ наказаніе. И животное, точно такъ же какъ и человѣкъ, въ состояніи, посредствомъ проявленія своихъ физическихъ силъ, угрожать опасностію, какъ напр. бѣшеная собака

или дикій плотоядный звѣрь. Никому, однакожъ, не пришло въ голову говорить о подлежащемъ наказанію дѣйствіи животнаго. Только человѣкъ, какъ существо разумное, можетъ дѣйствовать въ тѣсномъ смыслѣ этаго слова. Поэтому его только дѣйствія, какъ проявленія разумно-свободной воли, и могутъ подлежать наказанію, хотя бы даже онѣ и не заключали въ себѣ никакой опасности, не только объективной, но и субъективной. — Но если это такъ, то неужели, дѣйствительно, и тотъ Баварецъ, о которомъ говоритъ Фейербахъ, долженъ подлежать наказанію, какъ за покушеніе къ смертоубійству, равно какъ и всѣ тѣ, которые, для достиженія своихъ преступныхъ цѣлей, употребляютъ симпатетическія средства? Довольно хорошо отвѣчаетъ на этотъ вопросъ уже и Оерстедъ, но и еще лучше — Геппъ. — Фейербахъ, говоритъ этотъ писатель, хочетъ доказать нелѣпость нашего мнѣнія примѣромъ Баварца; но различіе этаго случая отъ другихъ, повидимому сходныхъ, очевидно. Невозможно представить, чтобы Существо Высочайшее могло быть подвигнуто человѣческою молитвою къ тому, чтобы сократить жизнь другаго человѣка. Поэтому и Государство не можетъ вѣрить въ возможность такого воздѣйствія на Божество ко вреду другихъ. Но если бы оно и вѣрило, то молящійся все былъ бы только auctor intellectualis delicti; auctor

же physicus былъ бы самъ Богъ. Уже и отсюда, слѣдов., открывается невозможность наказывать виновника, даже если бы лишеніе жизни, дѣйствительно могло послѣдовать отъ молитвы, что, однакожъ, требуется еще доказать. Это есть вѣчная истинна, что, если нѣтъ виновника физическаго, то не можетъ быть и интеллектуальнаго. Но, кажется, мы слишкомъ серьёзно говоримъ объ этомъ предметѣ. То же должно сказать и о злыхъ духахъ. Никто не можетъ быть позванъ къ слѣдствію и суду, кто съ помощію злыхъ духовъ хочетъ вредить другому потому, что Государство не должно вѣрить въ возможность сообщенія съ ними. — Если бы, однакожъ, оно вѣрило этому, то наказаніе подобнаго чародѣя и колдуна не могло бы подлежать никакому сомнѣнію, — истинна, которую слищкомъ подтверждаютъ процессы прежняго времени по дѣламъ чародѣевъ и колдуновъ. Въ этомъ случаѣ можно, съ покойною совѣстію, разсматривать дьявола, какъ физическаго виновника преступленія. И кто знаетъ, куда поведетъ насъ просвѣщеніе нашего времени? Уже и теперь дьяволъ ближе къ намъ, нежели не за долго прежде. Поэтому легко можетъ, и опять, случиться, что мы придемъ въ тѣснѣйшее сообщеніе съ нимъ. Но довольно и объ этомъ (123). — Дѣйствительно, единственная причина, которая освобождаетъ преступника отъ наказанія въ

подобныхъ случаяхъ, заключается въ томъ, что они слишкомъ нелѣпы, чтобы Государство могло вѣрить, въ наше время, въ ихъ возможность. Если же они и встрѣчаются, то, обыкновенно, между невѣжественнымъ классомъ народа, вслѣдствіе грубаго, еще господствующаго между нимъ суевѣрія, за которое только онъ и наказывается въ этихъ случаяхъ. Но если бы Государство вѣрило и теперь въ возможность ихъ, то оно имѣло бы полное право и здѣсь такъ же, какъ и во всѣхъ другихъ случаяхъ, видѣть покушеніе къ преступленію, которое заслуживаетъ наказаніе. — Но, говорятъ далѣе, покушеніе не имѣетъ здѣсь тѣхъ признаковъ, которыми само же законодательство условливаетъ возможность его наказанія; поэтому, если бы оно и могло наказывать подобные случаи, то развѣ только, какъ покушеніе вообще. Иначе къ какому роду преступленій оно могло бы быть отнесено? Да и не противно ли бы было самому словоупотребленію и здравому смыслу говорить въ подобныхъ случаяхъ о покушеніи? и пр. На всѣ эти вопросы, слишкомъ удовлетворительно, отвѣчаетъ Оерстедъ такъ, что вовсе не представляется нужнымъ присовокуплять еще что нибудь къ его отвѣтамъ. Но онъ не обратилъ, однакожъ, должнаго вниманія на одно изъ главныхъ обвиненій нашихъ противниковъ, именно на то, что когда, при наказаніи покушенія, не обращаютъ никакого вниманія

на свойство дѣйствія, то наказываютъ одно только намѣреніе и кромѣ того пропустилъ безъ всякаго возраженія и то замѣчаніе, что такимъ образомъ смѣшиваются между собою право и нравственность, полиція и уголовная юстиція. — На первое обвиненіе весьма хорошо отвѣчаетъ Эшеръ: это явная шикана, когда мысль о преступленіи, которая даже проскакиваетъ въ необдуманныхъ, произносимыхъ въ состояніи страсти словахъ или же открывается и изъ другихъ знаковъ и раждается иногда невольно отъ чувственныхъ впечатлѣній, склонностей и страстей, есть можетъ быть предметъ продолжительной, внутренней борьбы человѣка съ самимъ собою или и невольная дань извѣстной страсти, — если мысль, легко измѣняющуюся, какъ паръ изчезающую, принимаютъ за одно съ рѣшимостію, которая переходитъ въ дѣло (124). Это послѣднее обстоятельство и есть, дѣйствительно, самое важное, которое совершенно уничтожаетъ силу вышеприведеннаго обвиненія. Въ тѣхъ случаяхъ, о которыхъ мы говоримъ, существуетъ не одно намѣреніе, но ему соотвѣтствуетъ и внѣшнее дѣйствіе, котораго послѣдствія отклоняетъ одинъ случай, т. е. внѣшнія, независящія отъ воли дѣйствующаго обстоятельства, которыхъ онъ самъ не отклонилъ только отъ того, что не предвидѣлъ. Здѣсь, слѣд. явно несправедливо говорить только о на-

мѣренiи. Правда, если бы преступникъ ограничился одною рѣшимостiю, то, cogitationis poenam nemo patitur, могло бы быть приложено и къ нему. Но онъ, кромѣ того, и осуществляетъ свое противозаконное намѣренiе во внѣшнемъ дѣйствiи, даже дѣлаетъ, съ своей стороны, все, что бы непремѣнно привело его въ исполненiе, если бы, при самомъ исполненiи, онъ не находился въ заблужденiи на счетъ избранныхъ имъ средствъ. Но это заблужденiе не можетъ сдѣлать его дѣйствiя невиннымъ и слѣд. освободить отъ наказанiя. Другое дѣло, если бы дѣйствующiй намѣренно избралъ негодное средство. Тогда бы онъ самъ не хотѣлъ исполненiя своего намѣренiя. Но въ этомъ случаѣ онъ избираетъ его единственно потому, что думаетъ, что оно есть, напротивъ, самое лучшее и надежное; слѣд. если бы этаго заблужденiя не было, то онъ избралъ бы другое и исполнилъ свое намѣренiе. За что же избавить его отъ наказанiя? Развѣ для того, чтобы онъ избралъ лучшее и привелъ свое намѣренiе въ исполненiе? Но тогда бы и того, кто бьетъ другаго съ намѣренiемъ убить, но не убиваетъ, надлежало бы оставить безъ всякаго наказанiя до тѣхъ поръ, пока онъ добьетъ его. Равно и тотъ, въ этомъ случаѣ, не могъ бы подлежать наказанiю за покушенiе къ смертоубiйству, кто, по невѣжеству, подноситъ другому такое количество яда,

которое, ни въ какомъ случаѣ, не можетъ причинить смерти, ибо и это есть совершенно негодное средство. Все, что мы можемъ допустить здѣсь, состоитъ въ томъ, что подобныя дѣйствія не могутъ быть вполнѣ окончены и потому должны подлежать наказанію только, какъ покушеніе; какъ покушеніе же онѣ, напротивъ, всегда возможны и заслуживаютъ наказаніе по самой простой причинѣ, что содержатъ въ себѣ всѣ существенные признаки покушенія. Въ существѣ своемъ дѣйствіе есть, безспорно, покушеніе и поелику заблужденіе и невозможность выполненія не уничтожаютъ его преступности, то виновный и долженъ, по всей справедливости, подлежать наказанію (125). Тщетно говорятъ противъ этаго, что это есть непростительное злоупотребленіе словъ — называть такія дѣйствія покушеніемъ. — О началѣ исполненія, замѣчаетъ Цахаріе вслѣдъ за Росси, можно говорить, не безъ смысла, тамъ, гдѣ исполненіе возможно. Что не можетъ быть исполнено, того нельзя и начинать исполнять. Начинаніе предполагаетъ возможность исполненія; иначе бы и о безумцѣ, который, думая взлетѣть на небо, дѣлаетъ прыжки, можно было сказать, что онъ началъ свое дѣло (126). — Въ этомъ разсужденіи смѣшивается понятіе о началѣ съ понятіемъ о покушеніи или, что тоже, понятіе о покушеніи принимается слишкомъ объективно. Ес-

ли строгого разграничивать понятіе о началѣ отъ понятія о покушеніи, то тотчасъ откроется, что это не синонимы. Можно покушаться къ чему либо и не начинать, и наоборотъ, можно что нибудь начинать и не покушаться на это. Кто хочетъ взлетѣть на небо и дѣлаетъ для этаго прыжки, тотъ покушается на это, но не начинаетъ этаго потому, что, сколько бы онъ ни дѣлалъ этихъ прыжковъ, онъ всегда будетъ такъ же далекъ отъ своей цѣли, какъ и тогда, когда бы вовсе не дѣлалъ ихъ. Также, и напротивъ, кто совершаетъ неосторожное преступленіе, того дѣйствіе имѣетъ и начало и конецъ, но не заключаетъ въ себѣ покушенія потому, что, иначе, его преступленіе было бы не неосторожное, но злонамѣренное. Покушеніе предполагаетъ намѣреніе. Нѣтъ намѣренія, не можетъ быть и покушенія. Но если дѣйствіе имѣетъ конецъ, то оно должно имѣть и начало. Поэтому и неосторожныя преступленія, точно такъ же какъ и всѣ другія дѣйствія, имѣютъ и начало и конецъ, хотя и не заключаютъ въ себѣ покушенія. — Но покушеніе и начало могутъ быть и синонимическими выраженіями, когда мы будемъ говорить объ нихъ въ субъективномъ, а не въ объективномъ отношеніи. Говоря въ объективномъ отношеніи, прыжокъ не есть начало къ тому, чтобы взлетѣть на небо, но въ намѣреніи дѣйствующаго онъ есть, напро-

шивъ, настоящее начало. Безумецъ увѣренъ, что онъ, посредствомъ прыжковъ, можетъ взлетѣть на небо и дѣлаетъ покушеніе къ тому, прыгая; слѣд. начинаетъ исполнять свое намѣреніе. Въ этомъ-то смыслѣ и всѣ другія, болѣе серьёзныя дѣйствія, предпринимаемыя съ недостаточными средствами, могутъ и должны быть разсматриваемы, какъ начало или какъ покушеніе къ достиженію той цѣли, для которой онѣ предпринимаются. Сами въ себѣ онѣ, конечно, не могутъ быть названы началомъ, но въ намѣреніи дѣйствующаго и онѣ, очевидно, содержатъ въ себѣ начало исполненія этаго намѣренія. — Вы говорите, возражаютъ наши противники, что наказываете не за одно намѣреніе, а за то, что оно обнаруживается во внѣшнемъ дѣйствіи, но ваше внѣшнее дѣйствіе совсѣмъ не таково, чтобы изъ него можно было заключать къ свойству намѣренія. Это дѣйствіе все равно, слѣд. что не существуетъ для васъ и на самомъ дѣлѣ вамъ должно наказывать одно намѣреніе, если вы только въ состояніи узнать его. Если дѣйствіе таково, что оно, по самому свойству своему, можетъ вести къ извѣстной цѣли, то намѣреніе не можетъ быть сомнительно. Напротивъ, если оно не только не соотвѣтствуетъ предположенной цѣли, но и даже противорѣчитъ ей, то какъ можно узнать изъ него объ намѣреніи? Кто говоритъ, поэтому, о покушеніи убить кого неза-

ряженнымъ ружьемъ или отравить сахаромъ, тотъ можетъ сказать и то, что ракъ дѣлаетъ покушеніе итти впередъ, когда онъ ползетъ назадъ (127). — Но такъ ли, какъ говорятъ, очевидно намѣреніе и тогда, когда дѣйствіе предпринимается съ достаточными средствами? Напр. если кто подаетъ другому ядъ, то всегда ли это есть несомнѣнное доказательство того, что онъ хочетъ отравить? Не можетъ ли, напротивъ, случиться, что онъ и самъ не знаетъ того, что дѣлаетъ? Также, если кто лезетъ черезъ заборъ, то есть ли это, непремѣнно, знакъ того, что онъ хочетъ обокрасть? И множество другихъ случаевъ могли бы мы привести въ доказательство того, что и достаточныя средства не въ состояніи обнаружить намѣренія преступника (128). Обыкновенно и здѣсь открывается оно только изъ соображенія многихъ обстоятельствъ. Почему же этотъ способъ обнаруженія намѣренія не можетъ быть употребляемъ и тогда, когда преступленіе предпринимается съ недостаточными средствами? Или онъ не приложимъ здѣсь? Напротивъ, мы утверждаемъ, что, и въ этомъ случаѣ, преступленіе никогда не должно наказывать даже и по одному подозрѣнію, точно такъ же какъ и во всѣхъ другихъ. Только, когда ясно доказано, что дѣйствіе предпринято съ этою, а не другою цѣлію, судья, и въ этомъ случаѣ, имѣетъ право наказывать. По-

этому и здѣсь онъ долженъ основывать свой судъ такъ же, какъ и вездѣ, на обстоятельствахъ дѣла. Что это возможно, Эшеръ доказываетъ слѣдующимъ примѣромъ: А. замѣчаетъ, что его вино необыкновенно мутно, даже и вкусъ имѣетъ необыкновенный, онъ спрашиваетъ объ этомъ служанку, эта находитъ тоже и разсказываетъ, какъ товарищъ А. — Б. настоятельно просилъ дать ему, отнесть вино къ А. А. призываетъ Б., допрашиваетъ его, тотъ запирается, уходитъ подъ какимъ нибудь предлогомъ и пропадаетъ. Это обстоятельство уже дѣлаетъ несомнѣннымъ то, что вино подалъ Б.; открывается, однакожъ, что вино содержитъ въ себѣ только магнезію. Между тѣмъ Б. ловятъ и онъ признается, что, такъ какъ онъ позволилъ себѣ воровство въ общей собственности, то съ отчаянія рѣшился отравить А., чтобы такимъ образомъ скрыть концы, и получилъ отъ аптекаря Х. ядъ. Х. признается, что, дабы удержать своего друга Б. отъ злодѣйства, которое бы онъ совершилъ, получивши въ другомъ мѣстѣ ядъ, онъ далъ ему, вмѣсто его, магнезію. Существуетъ ли, въ этомъ случаѣ, одно подозрѣніе или и настоящія доказательства? Даже и въ томъ случаѣ, гдѣ дѣло начинается по одному подозрѣнію, но преступникъ самъ сознается въ преступномъ намѣреніи при совершеніи дѣйствія, невиннаго само въ себѣ, — если признаніе имѣетъ всѣ требуемыя свойства и нѣтъ

никакого основанія думать, что оно неправильно; едва ли можно доказать необходимость исключенія изъ общаго правила, которое приписываетъ признанію, при вышеупомянутыхъ условіяхъ, силу полнаго доказательства, совершенно достаточнаго для того, чтобы признающійся могъ быть подвергнутъ заслуженному имъ наказанію потому, что и эти случаи, ничѣмъ существенно, не отличаются отъ другихъ (129). Не болѣе основателенъ и другой упрекъ, т. е. что такимъ образомъ смѣшиваются между собою право и нравственность, уголовная юстиція и полиція. Различіе между правомъ и нравственностію состоитъ не въ этомъ, т. е. не въ томъ, что, будто бы, право имѣетъ своимъ предметомъ только внѣшнюю сторону человѣческихъ дѣйствій и потому, тогда единственно, и осуждаетъ ихъ, когда онѣ худы и въ объективномъ отношеніи, между тѣмъ какъ нравственность смотритъ и на самое намѣреніе дѣйствующаго, — напротивъ, въ томъ что, тогда какъ право, оцѣнивая достоинство человѣческихъ дѣйствій, по небходимости, восходитъ отъ внѣшняго къ внутреннему и такимъ образомъ отъ дѣйствія дѣлаетъ заключеніе къ нравственной винѣ и ея степени; нравственность, напротивъ, отъ внутренняго нисходитъ къ внѣшнему и такимъ образомъ оцѣниваетъ дѣйствіе по внутреннему направленію воли. Послѣдняя, поэтому, заимствуетъ масштабъ на-

казанія отъ степени безнравственности, а первое не только отъ этаго обстоятельства, но и ближайшимъ образомъ отъ отношенія дѣйствія къ внѣшнему міру. Право наказываетъ, слѣдовательно, ближайшимъ образомъ, дѣйствіе и только вмѣстѣ съ нимъ и безнравственность; нравственность же, напротивъ, ближайшимъ образомъ, наказываетъ безнравственность и потомъ уже и самое дѣйствіе. Въ этомъ и только въ этомъ и состоитъ существенное различіе между правомъ и нравственностію. Вообще же, какъ право, такъ и нравственность, чтобы опредѣлить достоинство человѣческаго дѣйствія, непремѣнно должно восходить къ самому источнику его, дабы видѣть, въ какой мѣрѣ оно принадлежитъ тому, кому приписывается (130). Только тѣ, которые видятъ въ правѣ не болѣе, какъ законъ для какой-то внѣшней дѣятельности человѣка, придуманный имъ самимъ для себя, слѣдовательно нѣчто произвольное (131), могутъ ограничивать его внѣшними дѣйствіями, которыя, опять повторяемъ, сами въ себѣ, безъ отношенія къ свободной волѣ дѣйствующаго, ни хороши ни худы. Также мало и смѣшенія полиціи въ нашемъ мнѣніи съ уголовною юстиціею. Тѣ, которые упрекаютъ насъ въ этомъ, говорятъ, что, такъ какъ дѣйствія, предпринимаемыя съ недостаточными средствами, только субъективно опасны, то онѣ и не принадлежатъ къ области уголовной юсти-

ціи и имъ должна противодѣйствовать только полиція, точно такъ же, какъ и простому угроженію преступленіемъ, которое, хотя и есть внѣшнее дѣйствіе, если бы, однакожъ, уголовный законодатель вздумалъ и его подвергнуть прещенію, то онъ забылъ бы свою настоящую задачу (132). — Но я не вижу, говоритъ Эшеръ, какой бы выигрышъ могъ послѣдовать отъ того, если бы и согласиться, что этотъ классъ людей только опасенъ и что, поэтому, необходимо употреблять противъ него мѣры полицейскаго охраненія, но что эти мѣры не должны быть называемы наказаніемъ. Мы находимъ, что и эти мѣры употребляются по поводу дѣйствія, уже совершеннаго и что лучше, чтобы и здѣсь рѣшилъ законъ и судья, нежели, чтобы, для соблюденія мнимой послѣдовательности, употреблялись, судно-полицейскимъ, сокращеннымъ порядкомъ, произвольныя мѣры (133). Въ самомъ дѣлѣ, что за польза отъ того, если, подвергая человѣка извѣстному физическому страданію, называютъ это страданіе не наказаніемъ, но полицейскою мѣрою? Если уже человѣкъ долженъ терпѣть зло, то пусть терпитъ его по распоряженію закона и по приговору судьи, послѣ обстоятельнаго изслѣдованія его вины, а не произвольно, по распоряженію полиціи, которой приговоры такъ же быстры, какъ и она

сама. Но кромѣ шого, развѣ уже доказано, чшо эши дѣйсшвія шолько опасны, а не заключающъ въ себѣ и дѣйсшвишельнаго пресшупленія? Въ эшомъ-шо и сосшоишъ вопросъ, на кошорый мы ошвѣчаемъ ошрицашельно и, какъ кажешся, болѣе основашельно, нежели наши прошивники.

Писашели, кошорые принимающъ ненаказанносшь покушенія съ недосшаточными средсшвами, обыкновенно, увшерждающъ вмѣсшѣ и шо, чшо и шогда не сущесшвуешъ покушенія, заслуживающаго наказаніе, когда предмешъ дѣйсшвія шаковъ, чшо надъ нимъ не можешъ бышь совершено пресшупленія, по недосшашку одного изъ сущесшвенныхъ признаковъ, — если напр. человѣку, кошораго счишающъ спящимъ, но кошорый, на самомъ дѣлѣ, мершвъ, разбивающъ голову въ намѣреніи убишь, или когда, какъ говоришъ Іоаннъ Овенъ:

Cum propria imprudens
Conjux uxore coiuit,
Quam falso alterius credidit
[illegible] esse viri,

шакже, когда жена, не зная, чшо мужъ ея умеръ, всшупаешъ въ другой бракъ, или если кшо, по ошибкѣ, ворyешъ свою или и чужую вещь, но на похищеніе кошорой хозяинъ, безъ вѣдома, впрочемъ,

вора, соизволилъ и т. д. (134). Всѣ эти примѣры такого рода, что они легко могутъ быть соблазнительны не для юриста. Но вотъ, что говоритъ и противъ нихъ Эшеръ: должно рѣшительно избрать между одною какою нибудь теоріею; что до меня, то я не вижу никакого препятствія давать, и въ подобныхъ случаяхъ, обвинительный приговоръ (135). — Въ опроверженіе этаго мнѣнія противники наши приводятъ тѣ же самыя доказательства, которыя мы старались опровергнуть выше, главнымъ же образомъ ссылаются и здѣсь на то, что такимъ образомъ уничтожились бы совершенно границы, которыми право отдѣляется отъ нравственности. Кто, говоритъ Цахаріе, принимаетъ, что и въ этихъ случаяхъ наказаніе возможно, тотъ выходитъ изъ области права и, увлекаясь нравственнымъ чувствомъ, погрѣшаетъ противъ коренныхъ началъ юридическаго вмѣненія. Мы нимало не думаемъ порицать тѣхъ, которые утверждаютъ право на нравственномъ основаніи. Только такъ же несомнѣнно и вѣчно истинно, что одна безнравственность дѣйствія никогда не можетъ дать права на наказаніе и что одно преступное намѣреніе, хотя бы то и выраженное въ извѣстномъ невинномъ дѣйствіи, управомочиваетъ единственно на мѣры охраненія, но никогда на наказаніе. Право, говоритъ Геффтеръ, смотритъ только на дѣйстви-

тельное и возможное, а не на пустые фантомы и наказаніе всегда предполагаетъ опредѣленное преступленіе, слѣдовательно также нарушеніе опредѣленнаго, in concreto дѣйствующаго права. Равно и Matthaeus о юристахъ, которые человѣка, qui, adulterare volens, praeter spem stupraverit, хотятъ подвергать наказанію за прелюбодѣяніе, весьма справедливо произноситъ слѣдующее: verum hi non ut iurisconsulti manu, sed ut Philosophi mente maleficium hoc metiri videntur, dum solam adulterii cogitationem ad poenam gladii sufficere putant. Было-бы, впрочемъ, совершенно излишне снова распространяться объ этомъ вопросѣ. Тѣ же самыя причины, которыя говорятъ противъ наказанія покушенія съ совершенно недостаточными средствами, препятствуютъ наказывать и то покушеніе, которое дѣлается надъ предметомъ, надъ которымъ преступленіе рѣшительно не можетъ быть совершено (136). — Дѣйствительно, уже нѣтъ никакой нужды разсуждать пространно и объ этомъ вопросѣ. Если доказательства нашихъ противниковъ и здѣсь тѣ же, то мы думаемъ, что онѣ уже достаточно опровергнуты тѣмъ, что замѣчено объ нихъ выше. Ни авторитетъ Гефтера ни авторитетъ Matthaeus не могутъ заставить насъ перемѣнить нашего мнѣнія, точно такъ же, какъ и все множество примѣровъ, которыми, главнымъ образомъ, обыкновенно, стараются по-

дорвать его потому, что и мы можемъ насчитать еще болѣе авторовъ, которые держатся нашего мнѣнія, и перечислить примѣровъ, изъ которыхъ открывается, еще яснѣе, несправедливость противоположнаго. Но мы можемъ быть и смѣлѣе. Хотя примѣры и не доказываютъ ничего, особенно, когда есть другіе, противные, но если наши противники ссылаются и на нихъ, то когда бы намъ удалось доказать, что и приводимые ими примѣры говорятъ скорѣе въ нашу пользу, нежели противъ насъ, то это, очевидно, было бы самымъ лучшимъ доказательствомъ справедливости нашего мнѣнія. — Изъ всѣхъ, приводимыхъ противъ насъ примѣровъ, самый щекотливый есть тотъ, который содержится въ двухъ, вышеприведенныхъ Латинскихъ стихахъ. Какъ, скажутъ, неужели тотъ, кто, по ошибкѣ, вмѣсто чужой жены, входитъ къ своей, долженъ быть наказанъ, какъ за прелюбодѣяніе? На это мы отвѣчаемъ: α) подобный случай едва ли сбыточенъ. Но β) если бы онъ и былъ сбыточенъ, то доказать его не только трудно, но и рѣдко возможно. Самъ мужъ, очевидно, не скажетъ объ этомъ, также и чужая жена. Но γ) представимъ себѣ слѣдующій случай: о намѣреніи мужа узнаетъ его жена и мужъ чужой жены, на которую первый имѣетъ виды. Чтобы уличить его совершенно, безъ вреда, однакожъ, для другаго мужа, послѣдній и обѣ жены согла-

шаются перемѣниться постелями. Прелюбодѣй идетъ къ чужой женѣ, но попадаетъ къ своей. Онъ приступаетъ къ дѣлу, но въ это время входятъ. Его спрашиваютъ, какъ онъ попалъ въ чужую спальню и онъ сознается въ своемъ намѣреніи. Спрашивается: неужели, въ этомъ случаѣ, обстоятельство, что виновный попалъ, по ошибкѣ, къ своей, а не къ чужой женѣ, должно избавить его отъ наказанія не за прелюбодѣяніе, а за покушеніе къ прелюбодѣянію? Тоже должно сказать и о другихъ примѣрахъ. Только бы преступное намѣреніе могло быть доказано, а то нѣтъ никакого препятствія къ наказанію. Итакъ, жена, которая незнаетъ, что мужъ ея умеръ, вступаетъ, однакожъ, въ другой бракъ, должна быть наказана, какъ за покушеніе къ двоебрачію, хотя бы послѣ и оказалось, что мужъ ея, дѣйствительно, не былъ въ живыхъ во время совершенія другаго брака. Такъ же, кто беретъ свою вещь, думая, что она чужая, или брошенную хозяиномъ, въ намѣреніи украсть, тотъ, когда его намѣреніе открывается, пусть терпитъ наказаніе, какъ за покушеніе къ воровству! Съ перваго взгляда, наказаніе представляется, правда, страннымъ въ подобныхъ случаяхъ, но если, говоритъ Эшеръ, нельзя оставить безъ наказанія того, кто въ намѣреніи ограбить человѣка, который уже замерзъ, рубитъ ему голову, считая

8 *

его живымъ, то нѣтъ никакой странности наказывать и того, который прокрадывается въ чужой садъ и стрѣляетъ въ висящій тамъ сертукъ и шляпу, думая, что это самъ хозяинъ (137).

Не должно, однакожъ, думать, чтобы различіе средствъ не имѣло никакого вліянія на наказаніе. Чѣмъ опаснѣе средство, которое употребляетъ преступникъ, и чѣмъ оно вреднѣе, тѣмъ болѣе и его виновность, а слѣд. и наказаніе. Даже, если бы выборъ неопаснаго средства былъ просто дѣломъ случая и тогда преступникъ не можетъ быть наказанъ одинаково тяжко отъ того, что, именно въ этомъ случаѣ, и должно имѣть силу то, о чемъ толкуютъ наши противники, т. е. что гражданское наказаніе должно быть назначаемо на соображеніи не только субъективнаго свойства преступленія, но и объективнаго. Для того, чтобы осудить кого нибудь, какъ преступника, достаточно и одного преступнаго намѣренія, хотя бы оно было осуществлено и въ дѣйствіи, совершенно невинномъ; но чтобы опредѣлить, въ какой мѣрѣ кто преступникъ, для этаго необходимо знать и то, въ какомъ дѣйствіи обнаружено преступное намѣреніе. Кто дѣлаетъ менѣе вреда, хотя бы то и случайно, очевидно менѣе виновенъ, нежели тотъ, кто болѣе (138).

Съ нашимъ мнѣніемъ согласны и новѣйшія законодательства, Прусское (139), Австрійское (140) и Баварское (141). Баварское (142) держалось, впрочемъ, прежде, противнаго мнѣнія, но къ несчастію, какъ говорятъ наши противники, и къ счастію, какъ скажемъ мы, послѣ отказалось отъ него и приступило къ нашему. Только одно Французское уголовное уложеніе не раздѣляетъ общаго мнѣнія и предписываетъ, чтобы покушеніе оставалось безъ всякаго наказанія, какъ тогда, когда оно предпринимается съ совершенно недостаточными средствами, такъ и тогда, когда предметъ его таковъ, что надъ нимъ преступленіе рѣшительно не можетъ быть совершено (143).

C. Третье и послѣднее обстоятельство, которое необходимо принимать въ соображеніе при опредѣленіи степени наказанія за покушеніе, есть то, какъ близко или далеко оно отстоитъ отъ совершенія. Чѣмъ ближе покушеніе къ совершенію, тѣмъ болѣе и наказаніе, и наоборотъ, чѣмъ далѣе оно отъ него, тѣмъ менѣе и наказаніе. Чтобы опредѣлить по возможности разстояніе, въ которомъ покушеніе можетъ находиться, въ различныхъ случаяхъ, отъ совершенія, криминалисты и покушеніе раздѣляютъ также на различныя степени. Такихъ степеней насчитываютъ нѣкоторые изъ нихъ четыре: α) delictum perfectum. Это

есть нѣчто среднее между совершенiемъ и покушенiемъ. Оно существуетъ тогда, когда виновный сдѣлалъ, съ своей стороны, все, что необходимо для совершенiя преступленiя; оно остается, однакожъ, безъ послѣдствiя, которое необходимо, по закону, для его полнаго понятiя (144). Delictum perfectum, очевидно, находится въ самомъ близкомъ разстоянiи отъ совершенiя. Поэтому нѣкоторые думаютъ, что оно должно быть наказываемо даже наравнѣ съ совершенiемъ (145); однакожъ несправедливо потому, что здѣсь еще недостаетъ существеннаго признака, котораго самъ законъ требуетъ для того, чтобы могло быть назначено полное наказанiе, хотя и правда, что этотъ недостатокъ происходитъ не отъ воли дѣйствующаго (146). β) Послѣ delictum perfectum, какъ самый виновнѣйшiй видъ покушенiя, признается conatus proximus. Conatus proximus называютъ такое дѣйствiе, которое, бывъ продолжено, прямо и непремѣнно повело бы къ окончанiю преступленiя (147). Отъ него различаютъ, какъ третью степень, γ) conatus remotus. Сюда относятъ всѣ тѣ дѣйствiя, которыя, хотя и заключаютъ въ себѣ, такъ же какъ и conatus proximus, начало совершенiя преступленiя, но различаются отъ него тѣмъ, что не ведутъ прямо и непремѣнно къ совершенiю преступленiя, если не слѣдуетъ за ними другихъ дѣйствiй (148). δ) Самую

нисшую степень покушенія составляетъ наконецъ т. н. conatus remotissimus или delictum praeparatum, которое останавливается только на приготовленіи средствъ, необходимыхъ для совершенія преступленія (149). Этаго раздѣленія покушенія, какъ мы уже замѣтили, держатся, впрочемъ, только нѣкоторыя (150). Большая же часть принимаетъ, напротивъ, только conatus proximus и conatus remotus, не признавая ни delictum perfectum ни delictum praeparatum. (151). Delictum perfectum считается ненужнымъ потому, что α) и самое названіе его неприлично. Трудно, говорятъ, показать, въ чемъ бы должно было состоять различіе между окончаніемъ и совершеніемъ преступленія. Но кромѣ того β) и неправильно разсматривать преступленіе, какъ совершенное, когда оно не имѣетъ всѣхъ, требуемыхъ закономъ признаковъ. Притомъ же γ) понятіе это и совершенно излишне, если строго отдѣлять другъ отъ друга преступленія, для которыхъ законъ требуетъ извѣстнаго послѣдствія, какъ напр. для смертоубійства, членоповрежденія, вытравленія плода и т. д. и преступленія, по отношенію къ которымъ законъ требуетъ только извѣстнаго дѣйствія, съ окончаніемъ котораго считаетъ и самое преступленіе оконченнымъ, хотя бы и не было никакого послѣдствія, какъ напр. по отношенію къ воровству, зажигательству и т. д. Подобно, какъ послѣд-

нія не считаются совершенно оконченными до тѣхъ поръ, пока не имѣютъ послѣдняго окончательнаго признака; такъ и первыя могутъ быть разсматриваемы, только какъ покушенныя, дотолѣ, доколѣ нѣтъ и требуемаго послѣдствія. Да и если наконецъ δ) преступленіе, въ этомъ смыслѣ, окончено или нѣтъ, это обстоятельство не можетъ имѣть никакого вліянія на вмѣненіе потому, что и въ преступленіяхъ, которыхъ выполненіе условливается извѣстнымъ послѣдствіемъ, покушеніе не можетъ быть судимо иначе, какъ и покушеніе во всѣхъ другихъ. Delictum perfectum могло бы, поэтому, только сбивать съ толку и запутывать слабыхъ судей (152). Что же касается до delictum praeparatum, то его отвергаютъ потому, что, будто бы, такого delictum вовсе и нѣтъ. Покушеніе, говорятъ, можетъ быть наказываемо только тогда, когда оно содержитъ въ себѣ начало выполненія преступленія. Но простое приготовленіе средствъ къ его совершенію, очевидно, не есть еще начало совершенія, какъ напр. приготовленіе яда для ядоотравленія, покупка оружія для насильственнаго дѣйствія и т. д. Поэтому тогда только можно говорить о покушеніи, заслуживающемъ наказаніе, когда напр. ядоотравитель уже примѣшиваетъ ядъ въ кушанье или по крайней мѣрѣ принимаетъ такое положеніе, изъ котораго ясно видно, что онъ намѣренъ упо-

требить въ дѣйствіе приготовленныя имъ средства. Дѣйствія же, только приготовительныя, сами въ себѣ не заслуживаютъ никакого наказанія и могутъ быть наказываемы развѣ тогда, когда онѣ запрещены полицейскими законами подъ страхомъ наказанія. Въ противномъ случаѣ, Государство наказывало бы преступленіе, какъ бы anticipando и само бы такимъ образомъ увлекало къ совершенію преступленія, которое бы тѣмъ легче могло быть оставлено, чѣмъ далѣе покушеніе отъ совершенія. Но кромѣ того, какъ бы оно могло и доказать то, что напр. покупка яда дѣлается именно съ тѣмъ, чтобы употребить его на совершеніе ядоотравленія, когда это дѣйствіе можетъ имѣть и другую совершенно невинную цѣль, напр. истребленіе мышей. Наконецъ, если наказывать и приготовительныя дѣйствія, то не значитъ ли это подвергать наказанію за одно намѣреніе? Сами въ себѣ, дѣйствія приготовительныя не содержатъ, большею частію, ничего предосудительнаго; если же что можетъ дѣлать ихъ предосудительными, то только намѣреніе, съ которымъ онѣ предпринимаются (153).

Съ возраженіями, которыя приводятся противъ delictum perfectum, и мы согласны совершенно, тѣмъ болѣе, что употребленіе delictum perfectum въ практикѣ могло бы быть только самое

незначительное (154). Напротивъ, delictum praeparatum и мы, по примѣру многихъ криминалистовъ (155), думаемъ принять подъ свою защиту. — Несправедливо, дѣйствительно, ограничивать наказаніе за покушеніе только такими дѣйствіями, которыя содержатъ въ себѣ начало совершенія предположеннаго преступленія. Если рѣшимость къ преступленію созрѣла въ человѣкѣ до того, что онъ уже предпринимаетъ извѣстныя внѣшнія дѣйствія, которыми, хотя и не начинаетъ еще, говоря собственно, приводить въ исполненіе преднамѣренное преступленіе, которыя, однакожъ, совершаетъ съ тѣмъ, чтобы подготовить и облегчить его исполненіе, то что за основаніе не подвергать его никакому наказанію въ этомъ случаѣ? Уже и самый первый шагъ къ преступленію предосудителенъ и заслуживаетъ наказаніе. Говорить, что Государство, подвергая наказанію и простое приготовленіе къ преступленію, наказывало бы преступника, какъ бы anticipando, т. е. когда оно состоитъ въ дѣйствіи, еще совершенно невинномъ, значитъ понимать преступленіе слишкомъ матеріально и считать главнымъ моментомъ наказанія внѣшній вредъ. Также и толковать, въ этомъ случаѣ, о поощреніи къ преступленію, есть самому изобличать себя въ совершенномъ незнаніи человѣческаго сердца. Совершенно справедливо, что отказаться отъ преступленія тѣмъ

легче, чѣмъ оно дальше отъ совершенія. Самый первый шагъ къ преступленію, обыкновенно, чрезвычайно труденъ; но чѣмъ далѣе человѣкъ идетъ по этому скользкому пути, тѣмъ легче и легче ему становится итти. Дѣлая первый шагъ, онъ предварительно выдерживаетъ, обыкновенно, болѣе или менѣе сильную борьбу съ самимъ собою, робѣетъ, не надѣется на самаго себя и боится быть открытымъ и наказаннымъ на самомъ первомъ шагу. Но если первый шагъ сдѣланъ, то другіе уже быстро, весьма часто сами собою, слѣдуютъ за нимъ. Слѣдовательно, первый шагъ и долженъ быть, сколько то возможно, затрудняемъ. Но на людей грубыхъ и необразованныхъ, каковы, большею частію, преступники, всего болѣе; дѣйствуетъ страхъ наказанія. Мы думаемъ поэтому, что, напротивъ, законодательство тогда бы само поощряло къ преступленію, когда бы оно уже напередъ, завѣдомо всѣмъ, избавляло отъ наказанія тѣхъ, которые дѣлаютъ приготовленія къ преступленію и такимъ образомъ облегчаютъ его совершеніе, а не тогда, когда бы, уже и за это, назначало соразмѣрно строгое наказаніе. Но и если бы, не смотря на это, первый шагъ къ преступленію былъ сдѣланъ, и въ этомъ случаѣ обстоятельство, что онъ запрещенъ закономъ, подъ страхомъ наказанія, не могло бы быть новымъ побужденіемъ для преступника итти далѣе. Какъ бы

ни было строго наказаніе, которымъ угрожаетъ законъ за простое приготовленіе, но все оно, очевидно, должно быть несравненно менѣе, нежели за совершеніе, даже и за дальнѣйшее покушеніе. Слѣдовать остановиться на первомъ шагу, и въ этомъ случаѣ, былъ бы для преступника не маловажный выигрышъ, не говоря уже о томъ, что не этотъ меркантильный расчетъ, обыкновенно, заставляетъ человѣка отказываться отъ дальнѣйшаго совершенія преступленія, но что это происходитъ, большею частію, отъ другихъ, болѣе благородныхъ причинъ. Что же касается до того, что, будто бы, доказательство связи приготовительныхъ дѣйствій съ преступленіемъ сопряжено съ чрезвычайными, непреодолимыми трудностями, то и это опасеніе не болѣе основательно. Представляется, напротивъ, что, и въ этомъ случаѣ, обличеніе преступника не болѣе затруднительно, какъ и во всѣхъ другихъ, особенно потому, что и слѣдствіе по преступленію, вполнѣ совершенному, должно распространяться и на всѣ, самыя мелчайшія подробности, не исключая и приготовленій къ нему и что, какъ-то опытно извѣстно, эта послѣдняя часть слѣдствія, обыкновенно, соединена не съ большими трудностями, нежели та, гдѣ идетъ дѣло объ удостовѣреніи въ совершеніи. Да и если бы это было, дѣйствительно, такъ затруднительно, какъ говорятъ, то Государ-

ство и въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ наши противники, какъ бы въ видѣ исключенія, признаютъ delictum praeparatum, напр. въ государственной измѣнѣ, употребляло бы, на подобныя слѣдствія, безполезный трудъ. — Но и самое это исключеніе, замѣтимъ кстати, не вынуждено ли замѣшательствомъ, въ которое поставили сами себя наши противники, принявши за правило то, что не можетъ быть правиломъ? — Не говоря уже о томъ, что всякое исключеніе (преимущественно по отношенію къ преступленіямъ государственнымъ) бросаетъ тѣнь на законодательство, въ настоящемъ случаѣ и самая граница между исключеніемъ и правиломъ чисто произвольна и поэтому, въ приложеніи, ведетъ къ самымъ страннымъ результатамъ. Если напр. въ Вюртембергскомъ законодательствѣ А. и Б. составляютъ заговоръ убить В. и для этаго достаютъ ядъ, то они подлежатъ наказанію за заговоръ, которое назначается такъ, какъ велѣно наказывать за покушеніе оконченное; напротивъ, если А., только при помощи Б., достаетъ ядъ для этой же цѣли, то они оба должны остаться безъ всякаго наказанія, не смотря на то, что, въ обоихъ случаяхъ, преступленіе совершенно одинаково потому, что обстоятельство, что тамъ предшествуетъ ему заговоръ, а здѣсь нѣтъ, измѣняетъ только его тяжесть, а не самое свойство. Всего же менѣе могутъ быть оправ-

даны исключительные законы по отношенію къ преступленіямъ государственнымъ. Правда, онѣ несравненно важнѣе, нежели всѣ другія, но вышеупомянутое исключеніе могло бы быть оправдано, по отношенію къ нимъ, развѣ только тѣмъ, что онѣ и особенно опасны. Этотъ способъ оправданія едва ли, однакожъ, можетъ быть принятъ во уваженіе не только потому, что опасность никогда не можетъ быть основаніемъ къ наказанію и если и имѣетъ вліяніе на него, то единственно по отношенію къ степени, но и потому, что и самое опасное преступленіе для Государства, которое имѣетъ всѣ средства защищаться противъ него, несравненно менѣе опасно, нежели для частныхъ лицъ, которыя сами едва только могутъ защищаться и противъ маловажныхъ опасностей. Такимъ образомъ, на самомъ дѣлѣ, нѣтъ никакой нужды дѣлать какое бы то ни было исключеніе изъ общихъ законовъ и по отношенію къ преступленіямъ государственнымъ. Слѣдов. если delictum praeparatum не должно наказывать вообще, то не должно наказывать и въ особенности въ государственныхъ преступленіяхъ. Наконецъ, хотя и представляется съ перваго взгляда, что, наказывая delictum praeparatum, когда оно состоитъ въ дѣйствіи непредосудительномъ, мы хотимъ наказывать за одно намѣреніе; но въ самомъ дѣлѣ, и здѣсь, ближайшій поводъ къ наказанію заключается

не въ намѣреніи, а во внѣшнемъ дѣйствіи, которое перестаетъ быть непредосудительнымъ съ той самой минуты, какъ предпринимается съ цѣлію, подготовить совершеніе преступленія (156).

Впрочемъ, защищая delictum praeparatum, мы не думаемъ нимало защищать вмѣстѣ и то, что покушеніе должно быть раздѣляемо на три степени. Вообще всякое раздѣленіе покушенія, четверное, тройное, двойное — не въ нашемъ духѣ. Если законодательство, замѣчаетъ весьма справедливо Миттермайеръ, уважаетъ своихъ судей, не хочетъ само думать за нихъ, а ихъ унизить до простыхъ машинъ, и если оно, кромѣ того, внимательно и къ опыту, который ясно свидѣтельствуетъ, что нѣтъ ни одного случая, совершенно похожаго на другой, — что степени покушенія безчисленно разноообразны, — то едва ли онъ не признаетъ за лучшее не отдѣлять вовсе ни одной степени, по примѣру Австрійскаго законодательства, потому, что, какъ весьма правильно замѣчаетъ его комментаторъ, дѣло это вовсе безплодно для законодательства, если оно не должно быть унижено до простаго сборника частныхъ случаевъ. Но если уже, слѣдуя повсюду господствующему въ наше время обычаю, законодатель желаетъ непремѣнно, сколько то возможно, ограничить судейскій произволъ, то онъ можетъ разсматривать обозна-

ченныя имъ степени только, какъ крайнія точки, между которыми судья, если даны надлежащіе законы относительно maximum и minimum, долженъ пріискивать наказаніе, приличное данному случаю (157).

В. Наконецъ, если преступленіе совершается многими, то оно можетъ быть неодинаково тяжко и смотря по тому, въ какой мѣрѣ каждый участвуетъ въ его совершеніи. — И здѣсь также новѣйшая, строго классифицирующая теорія думаетъ подвести всѣ возможные случаи участія въ совершеніи преступленія подъ извѣстные классы. Такимъ образомъ она различаетъ: сообщество посредственное и непосредственное, произвольное и непроизвольное, физическое и интеллектуальное, договорное и случайное, предшествующее, современное и послѣдующее, общее и особенное, положительное и отрицательное и т. д. (158). Но всѣ этѣ раздѣленія частію слишкомъ отвлеченны, а частію и основываются единственно на различіи внѣшняго способа участія въ совершеніи преступленія, которое, какъ очевидно, не ведетъ ни къ чему, если нѣтъ при томъ никакого различія и во внутреннемъ направленіи воли (159). Мы думаемъ, поэтому, что гораздо цѣлесообразнѣе и полезнѣе, въ практическомъ отношеніи, раздѣлять сообщниковъ въ преступленіи только на

три рода, какъ-то: на главныхъ виновниковъ, помощниковъ и покровителей (160).

Въ одномъ и томъ же преступленіи главный виновникъ подлежитъ самому большему наказанію. Въ главномъ виновникѣ заключается настоящая причина преступленія. Безъ него преступленіе не могло бы и совершиться. Слѣдовательно онъ долженъ и отвѣчать за него и прежде и болѣе всѣхъ другихъ (161). Противъ этаго защитники теоріи устрашенія возражаютъ, правда, слѣдующее: всѣ уголовныя законодательства, чтобы соотвѣтствовать ихъ цѣли, должны устрашать отъ преступленій. Но если законодательство хочетъ отвращать отъ преступленій страхомъ наказанія, то послѣдовательность требуетъ, чтобы оно угрожало однимъ и тѣмъ же наказаніемъ, какъ главнымъ виновникамъ, такъ и всѣмъ другимъ сообщникамъ. Законъ уголовный хочетъ предупредить правонарушеніе. A. B. C. совершаютъ его совокупными силами. Во всѣхъ троихъ, въ ихъ совокупной дѣятельности заключается причина противозаконнаго послѣдствія, которое возникаетъ изъ правонарушенія. Законъ уголовный не можетъ измѣрять, въ какомъ отношеніи состоитъ къ этому послѣдствію дѣйствіе каждаго. Нисколько не заботясь о мотивахъ, которые заставили каждаго изъ сообщниковъ совершить преступ-

леніе и которыхъ часто нельзя и открыть, Законодатель подвергаетъ всѣхъ ихъ одинаковому наказанію, которое, уже напередъ, вообще и безусловно, соединяетъ съ преступленіемъ; совершеннымъ ими, совокупными силами (162). — Мы не будемъ изслѣдывать того, требуетъ ли послѣдовательность теоріи устрашенія, чтобы всѣ сообщники были наказываемы одинаково; выводы изъ этой теоріи, которой мы не признаемъ, для насъ не имѣютъ никакой важности. — Если наказаніе должно быть соразмѣрнымъ воздаяніемъ за злодѣяніе, какъ то мы старались доказать выше; то очевидно само собою, что главныхъ виновниковъ нельзя равнять, по отношенію къ наказанію, съ другими сообщниками. Необходимо только, чтобы, при опредѣленіи наказанія за преступленіе лицамъ, участвовавшимъ въ его совершеніи, было обращаемо вниманіе, главнымъ образомъ, не на свойство внѣшней дѣятельности, которая употреблена ими для этаго, но на свойство интереса, который имѣлъ каждый изъ нихъ, совершая преступленіе (163). — По обыкновенно-принимаемому мнѣнію, самое большее наказаніе должно слѣдовать тому изъ сообщниковъ, кто совершилъ главное дѣйствіе, необходимое для осуществленія преступленія. Если напр. въ смертоубійствѣ участвуютъ многіе, то главный виновникъ смертоубійства, по этому мнѣнію, есть тотъ, кто

причинилъ смертельную рану (164). Но хотя и справедливо, что тотъ, кто совершаетъ главное дѣйствіе, виновенъ въ самой высшей степени этаго одного обстоятельства недостаточно, однакожъ, для того, чтобы принимать его за главнаго виновника и подвергать самому большему наказанію. Распредѣленіе ролей, при совершеніи преступленій, бываетъ, большею частію, случайно и зависитъ отъ такихъ обстоятельствъ, которыя не состоятъ ни въ какой связи съ преступленіемъ, напр. отъ большей или меньшей смѣлости. Изъ того слѣдовательно, что одинъ участвуетъ въ преступленіи, совершая главное дѣйствіе, а другой не главное, нельзя выводить, что первый есть главный виновникъ, а другой только сообщникъ. Иначе бы степень наказанія зависѣла, главнымъ образомъ, отъ случая. Напротивъ, если при рѣшеніи вопроса, кто, изъ соучастниковъ преступленія, главный виновникъ и кто только сообщникъ, главное вниманіе обращается на свойство интереса, который принимаетъ въ преступленіи каждый изъ нихъ; тогда степень наказанія зависитъ уже отъ такого обстоятельства, которое заключается въ самомъ преступникѣ. Тогда соучастникъ дѣлается главнымъ виновникомъ или остается простымъ сообщникомъ уже не отъ случайнаго обстоятельства, но отъ того, что самъ хотѣлъ этаго. Если сообщникъ принимаетъ непосредствен-

ный интересъ въ преступленіи, то онъ есть, по нашему мнѣнію, главный виновникъ; если же, напротивъ, онъ не имѣетъ непосредственнаго интереса въ преступленіи, то есть только или помощникъ или покровитель, смотря по тому, какъ онъ содѣйствуетъ къ его совершенію. Впрочемъ, такъ какъ совершеніе главнаго дѣйствія, хотя бы то и случайно, предполагаетъ высокую степень развратности воли, то и это обстоятельство не должно оставлять безъ всякаго уваженія при опредѣленіи степени наказанія; но, опять повторяемъ, его одного недостаточно для того, чтобы считать сообщника главнымъ виновникомъ. Первый и самый важнѣйшій моментъ есть всегда свойство интереса, съ которымъ преступленіе совершается, а потомъ уже важно и свойство внѣшней дѣятельности, которая употреблена на это.

Предположивши это, мы утверждаемъ: $\alpha$) изъ числа сообщниковъ, которые совершили извѣстное преступленіе общими силами, самому большему наказанію, какъ главные виновники, подлежатъ тѣ, которые имѣли непосредственный интересъ въ его совершеніи, хотя бы то и не участвовали въ главномъ дѣйствіи, даже и не оказывали такой помощи, которая была необходима для осуществленія преступленія въ томъ видѣ, какъ оно исполнено, но только содѣйствовали къ

этому, посредствомъ ли то физической дѣятельности или и только посредствомъ психологическаго вліянія на дѣйствительныхъ виновниковъ, совѣтуя, увѣщевая, угрожая, приказывая, употребляя насиліе и т. д. β) За главными виновниками должны слѣдовать тѣ изъ сообщниковъ, которые, хотя и совершили главное дѣйствіе, но не принимали непосредственнаго интереса въ преступленіи, слѣдовательно дѣйствовали только въ качествѣ помощниковъ. γ) Наконецъ, самое меньшее наказаніе должно быть назначено тѣмъ, которые и не имѣли непосредственнаго интереса въ преступленіи и не участвовали, на самомъ дѣлѣ, въ его совершеніи, но только покровительствовали ему прежде или послѣ совершенія, напр. одобреніемъ, недоносомъ, сокрытіемъ преступниковъ или и слѣдовъ преступленія, а равно и сбытомъ вещей, похищенныхъ при томъ. Если бы, впрочемъ, случилось δ), что главный виновникъ совершилъ и главное дѣйствіе, то его бы надлежало наказать гораздо строже и противъ того, который хотя имѣетъ непосредственный интересъ въ преступленіи, но не совершаетъ главнаго дѣйствія. Это же ε) должно сказать и о помощникахъ, т. е. что и между ними строже должны быть наказываемы тѣ, которые наиболѣе содѣйствовали къ совершенію преступленія. Такимъ образомъ: α) кто самъ и придумываетъ и совершаетъ смертоубій-

ство напр., тотъ долженъ подлежать строжайшему наказанію, нежели β) тотъ, кто хотя и придумываетъ его, но исполнить предоставляетъ другому, который γ), если бы даже и исполнилъ это преступленіе, все совершенно одинъ, въ свою очередь, такъ же не такъ виновенъ, какъ тотъ, на счетъ кого онъ дѣйствовалъ. Но и еще менѣе виновенъ тотъ δ), кто и не придумываетъ смертоубійства и не совершаетъ его ни одинъ ни въ соединеніи съ другими, но только способствуетъ къ нему или дѣятельно, напр. держа за руки жертву, или же и посредствомъ вліянія на убійцу, напр. поощреніемъ, совѣтомъ, обѣщаніемъ содѣйствовать къ сокрытію слѣдовъ преступленія и т. д. Если бы даже вліяніе сообщника на убійцу было таково, что безъ него онъ и не отважился бы на убійство, то и это только бы усилило виновность перваго, но не сдѣлало бы его, изъ простаго сообщника, главнымъ виновникомъ (105).

Если мы теперь, чтобы повѣрить справедливость нами сказаннаго, обратимся къ положительнымъ законодательствамъ, то увидимъ, что и онѣ, опредѣляя наказаніе за сообщество въ преступленіи, отчасти руководствуются тѣми же самыми началами. Какъ объяснить напр. то, что Римское право одинаково наказываетъ всѣхъ сообщниковъ, если не относить это къ тому случаю, когда всѣ

они имѣютъ одинаковый интересъ въ преступленіи (166)? Почему, иначе, и новѣйшія законодательства назначаютъ одно и то же наказаніе для всѣхъ сообщниковъ, когда они дѣйствуютъ по предварительному договору, если не потому, что и онѣ признаютъ за главный моментъ свойство интереса, принимаемаго ими въ преступленіи, который, въ этомъ случаѣ, совершенно одинаковъ (167). Но принимая, что главный моментъ, при наказаніи за сообщество въ преступленіи, есть свойство интереса, положительныя законодательства не оставляютъ, при этомъ, безъ вниманія и свойства внѣшней дѣятельности. Поэтому, если онѣ и угрожаютъ одинаковымъ наказаніемъ всѣмъ сообщникамъ, которые дѣйствуютъ по договору, то различаютъ, однакожъ, всегда отъ простыхъ сообщниковъ, зачинщиковъ и предводителей, которыхъ наказываютъ строже (168). Этими же началами руководствуется и наше законодательство (169).

IV. Исчисленными моментами опредѣляется степень наказанія за преступленіе вообще, но въ опытѣ, необходимо, кромѣ того, при опредѣленіи наказанія, обращать вниманіе и на многія другія, случайныя обстоятельства, которыя, измѣняя степень виновности in concreto, дѣлаютъ необходимымъ отступленіе отъ обыкновенной мѣры наказанія. Отступленіе это состоитъ или въ увели-

ченіи или и въ уменьшеніи наказанія, противъ того, какъ оно опредѣлено in abstracto, на соображеніи вышеупомянутыхъ моментовъ (170).

Къ обстоятельствамъ, вслѣдствіе которыхъ обыкновенное наказаніе должно быть увеличиваемо, причисляютъ слѣдующія:

1). Стеченіе преступленій.

Подъ именемъ стеченія преступленій разумѣютъ слѣдующіе случаи: а) неоднократное совершеніе одного и того же преступленія, которое оставалось доселѣ безъ всякаго наказанія (стеченіе объективное, однородное, concursus obiectivus, homogeneus); б) совершеніе, такъ же ненаказано, въ разное время, разныхъ преступленій (стеченіе объективное, разнородное, concursus obiectivus, heterogeneus), и в) совершеніе многихъ преступленій, посредствомъ одного дѣйствія (стеченіе идеальное, формальное, concursus idealis, formalis) (171).

Во всѣхъ этихъ случаяхъ должно бы собственно не увеличивать наказаніе, но подвергать преступника за всякое преступленіе своему наказанію. Каждое наказаніе вполнѣ заслужено имъ; каждое, поэтому, должно быть и выполнено надъ нимъ (172). Но кромѣ того, что такое совокупленіе наказаній не всегда возможно,

напр. въ случаѣ исполненія вдругъ двухъ смертныхъ казней, общей и частной конфискаціи имущества, пожизненнаго и временнаго лишенія свободы и т. д., оно всегда и жестоко, вопервыхъ потому, что если преступникъ переноситъ одно наказаніе, а потомъ спустя нѣсколько времени другое, то страданіе, которое онъ терпитъ отъ этаго, очевидно, несравненно менѣе, нежели, когда бы онъ долженъ былъ вытерпѣть всѣ заслуженныя имъ наказанія за одинъ разъ. Это мы знаемъ и изъ собственнаго опыта, перенося съ легкостію тѣ бѣдствія, которыя случаются съ нами не вдругъ, но по прошествіи довольнаго времени, и которыя бы непремѣнно подавили насъ совершенно, если бы намъ должно было перенести ихъ всѣ въ одно время (173). Кромѣ того, виноватъ ли преступникъ въ первыхъ двухъ случаяхъ, что Государство, какъ бы поощряло его итти по скользкому пути злодѣйства, позволяя ненаказанно совершать преступленіе, котораго сладость онъ вкусилъ однажды, не испытавши ни разу горечи? Если несомнѣнно, что ненаказанность есть одна изъ сильнѣйшихъ приманокъ къ преступленію, особенно для того, кто уже однажды вкусилъ сладость злодѣянія и слѣд. успѣлъ подавить въ себѣ всѣ другія, благороднѣйшія побужденія, то кто виноватъ въ томъ, что Государство, не наказывая преступника, какъ бы само сняло съ него и по-

слѣднюю узду — страхъ наказанія? Если бы совокуплять вмѣстѣ многія наказанія, которыя бы надлежало выполнить въ разное время, но которыя остались неисполненными, можетъ быть по нерадѣнію, то не значило ли бы это заставлять страдать преступника болѣе, нежели сколько должно, по причинѣ, которая вовсе не зависитъ отъ него? Но и еще очевиднѣе жестокость такого совокупленія наказаній по отношенію къ неосторожнымъ преступленіямъ. Неосторожный зажигатель долженъ бы былъ, въ этомъ случаѣ, когда бы онъ сжегъ 20 домовъ, вытерпѣть въ 20 разъ умноженное наказаніе, которое положено за неосторожное зажигательство, но тогда бы онъ былъ наказанъ жесточаѣ и умышленнаго зажигателя (174). Вслѣдствіе всѣхъ этихъ причинъ Германская практика уже давно (175), а въ слѣдъ за нею и большая часть новѣйшихъ законодательствъ, Австрійское (176), Баварское (177), Французское (178), наше отечественное (179) и проч., при стеченіи преступленій, по необходимости довольствуются тѣмъ, что вмѣсто того, чтобы за каждое преступленіе назначать особенное наказаніе, обыкновенно только увеличиваютъ то изъ нихъ, которое тяжелѣе всѣхъ другихъ, слѣдуя правилу, которое имѣетъ силу и въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ — poena major absorbet minorem, но которое, однакожъ, соблю-

дается здѣсь, во всемъ пространствѣ, только тогда, когда большее наказаніе не допускаетъ увеличенія, какъ напр. смертная казнь. Только почти одно Прусское законодательство (180) держится противоположнаго правила — tot poenae, quot delicta, singula delicta singulas poenas mereantur, которое, вѣроятно, перешло въ него изъ Римскаго права (181) и есть, можетъ быть, только невольная дань слѣпаго уваженія къ нему.

2). Повтореніе преступленія.

Повтореніемъ преступленія, въ отличіе отъ стеченія, называется, когда кто опять совершаетъ то же самое преступленіе, за которое прежде уже былъ наказанъ (182).

Въ этомъ случаѣ всѣ законодательства предписываютъ увеличивать наказаніе (193). Основаніе, почему онѣ дѣлаютъ это, не заключается ни въ прежнемъ преступленіи ни въ прежнемъ наказаніи (184) ни даже въ неуваженіи къ закону, о которомъ, будто бы, ясно свидѣтельствуетъ повтореніе преступленія (185). Если бы оно заключалось въ прежнемъ преступленіи, то это бы значило, что Государство дѣлаетъ взысканіе по такому долгу, который уже заплаченъ. Понесеннымъ наказаніемъ преступленіе должно уничтожаться

совершенно (186). Но и наказаніе само въ себѣ не можетъ дать на это никакого права. Оно, по самому свойству своему, скорѣе слагаетъ съ преступника вину, нежели налагаетъ ее на него. Въ глазахъ закона наказаніе можетъ и должно производить болѣзненное чувство, но не навлекать другихъ вредныхъ послѣдствій на преступника (187). Наконецъ, такъ же несправедливо и то, что повтореніе преступленія показываетъ, будто бы, явное неуваженіе къ закону. Рѣдко, очень рѣдко можетъ встрѣтиться случай, чтобы преступленіе повторялось именно потому, что преступникъ хочетъ показать этимъ свое неуваженіе къ закону, дѣйствіе котораго испыталъ на себѣ (188). Гораздо чаще, напротивъ, это дѣлается потому, что онъ такъ развращенъ, что и самый страхъ наказанія, котораго болѣзненные признаки, можетъ быть еще и теперь, примѣтны на тѣлѣ его, не имѣетъ никакой силы надъ нимъ. Это и есть настоящее основаніе, почему положительныя законодательства требуютъ, чтобы, въ случаѣ повторенія преступленія, наказаніе было увеличиваемо (189). Непонятно только, почему единственно повтореніе стараго преступленія, а не преступленія вообще, считаютъ онѣ основаніемъ къ увеличенію наказанія. И новое преступленіе, едва ли даже не болѣе, свидѣтельствуетъ о глубокой развращности воли. Если человѣкъ совершаетъ опять то же пре-

ступленіе, то почему знать, можетъ быть, онъ имѣетъ особенное предрасположеніе къ нему? Но и когда этаго предрасположенія нѣтъ, то не потребна ли гораздо большая развратность воли для того, чтобы сегодня нарушить одинъ законъ, а завтра другой, нежели чтобы дѣйствовать въ противность только одному закону? Представляется, поэтому, что гораздо цѣлесообразнѣе всякое повтореніе вообще, а не повтореніе только стараго преступленія считать основаніемъ къ увеличенію наказанія. Въ противномъ случаѣ, для преступника болѣе выгодно совершить новое, большее, нежели повторить старое, меньшее преступленіе; напримѣръ, тому, кто прежде наказанъ за плутовство, выгоднѣе совершить, въ этомъ случаѣ, воровство, нежели опять небольшое плутовство. Такъ же, когда только повтореніе стараго преступленія принимается въ расчетъ при опредѣленіи наказанія, то легко можетъ случиться, что тотъ, кто неоднократно наказанъ за нищенство, въ случаѣ новаго преступленія, будетъ наказанъ строже, нежели если бы онъ совершилъ и теперь воровство (190). Кромѣ того, часто преступленія, которыя, по причинѣ различія ихъ внѣшней формы, считаются различными, имѣютъ, однакожъ, одинъ и тотъ же источникъ, напр. воровство и плутовство. Здѣсь, кажется, совершенно нѣтъ никакого осно-

ванія, почему бы переходъ отъ одного изъ этихъ преступленій къ другому считался менѣе предосудительнымъ, нежели повтореніе какого нибудь одного изъ нихъ, тогда какъ ихъ иногда невозможно даже и отдѣлить другъ отъ друга (191). Но если, съ одной стороны, вліяніе повторенія преступленія на наказаніе слишкомъ стѣсняется, то съ другой оно, повидимому, слишкомъ расширяется тѣмъ, что, какъ основаніе къ увеличенію наказанія, повтореніе разсматривается всегда, а не въ тѣхъ только случаяхъ, когда причина его, дѣйствительно, заключается только въ развратности воли, которой и самое наказаніе не могло дать другаго, лучшаго направленія. — Наказанный, какъ бы, носитъ печать отверженія на челѣ своемъ, всѣ его чуждаются, и если Правительство, освободивши напр. преступника изъ тюрьмы или изъ рабочаго дома, по истеченіи срока наказанія, не позаботится о его честномъ пропитаніи, то онъ нерѣдко бываетъ лишенъ и самыхъ нужнѣйшихъ средствъ для поддержанія своего существованія. Это необходимо должно увлекать его къ новому преступленію, особенно, если сѣмя исправленія не укоренилось въ нѣмъ или и подавлено вовсе прикосновеніемъ къ лицамъ, еще болѣе развратнымъ, нежели онъ, съ которыми ему должно было жить, по распоряженію Правительства, во все время заключенія. — Лучшіе, говоритъ Юліусъ, удаляются отъ

того, который носитъ знаки Каина или на тѣлѣ, — на одеждѣ или въ карманѣ, — въ паспортѣ, а менѣе добрые стараются выманить у него даже и то, что ему удалось пріобрѣсти неутомимымъ, продолжительнымъ трудомъ въ мѣстѣ заключенія, чтобы потомъ совершенно отвергнуть его. Такимъ образомъ онъ видитъ себя совершенно одинокимъ, оставленнымъ всѣми, презираемымъ; никто неузнаетъ или не хочетъ узнать его, кромѣ прежнихъ товарищей по злодѣйству. Они одни принимаютъ его съ участіемъ, стараются опять привлечь на свою сторону, умѣютъ снова возбудить ненависть къ отвергающимъ его въ томъ, который такъ сильно потрясенъ, припоминаютъ ему и о тѣхъ шумныхъ оргіяхъ, на которыхъ они пировали вмѣстѣ; съ хитрою, опытно извѣданною ловкостію доставляютъ ему, въ одно мгновеніе, вмѣсто тѣснящей его нужды, всякаго рода роскошныя, шумныя, обаявающія чувства и совѣсть наслажденія и — безъ надежды, потерянный на вѣки, падаетъ онъ въ сѣти порока, часъ отъ часу крѣпче его связывающія и уже никогда неразрѣшимыя. — Таковъ дѣйствительно путь большей части злодѣевъ. Слишкомъ ясно и несомнѣнно доказываютъ это наблюденія начальниковъ надъ тюремными заведеніями въ Англіи и Франціи. Въ Англіи бывали даже случаи, что нещастные, безпомощные отпущенники тюремныхъ и исправительныхъ заведе-

ній, чтобы избѣжать искушенія снова попасть на путь порока и не видя предъ собою ничего, кромѣ горестной будущности, сами лишали себя жизни (192). Было бы, слѣдовательно, слишкомъ жестоко всякаго, кто только оказывается виновнымъ въ повтореніи преступленія, не разбирая причинъ, вынудившихъ его къ тому, подвергать строжайшему наказанію. Только, когда источникъ повторенія заключается единственно въ развратности воли, Законодатель и судья имѣютъ право увеличивать наказаніе. Гдѣ же оно представляется болѣе дѣломъ случая или произведеніемъ обстоятельствъ, которыхъ ни предотвратить ни пересилить преступникъ не былъ въ состояніи, тамъ всякая жестокость представляется и совершенно неумѣстною и незаслуженною. Въ подобныхъ случаяхъ преступникъ болѣе заслуживаетъ сожалѣнія, нежели наказанія; его новое преступленіе есть невольное, въ которомъ отчасти участвуетъ и само Государство, предавшее его во власть этихъ обстоятельствъ, съ которыми оно знало, что онъ не въ силахъ бороться. Но можетъ быть скажутъ: наказаніе увеличивается здѣсь потому, что то же самое наказаніе для наказаннаго считается легчайшимъ, нежели для того, кто еще ни разу не былъ наказанъ (193). Но это обстоятельство есть субъективное и не необходимое. Или не хотятъ ли этимъ устрашить или исправить преступника?

Обыкновенное наказаніе оказывается, на самомъ дѣлѣ, недостаточнымъ ни для устрашенія ни для исправленія. Поэтому его увеличиваютъ, чтобы тѣмъ вѣрнѣе достигнуть цѣли въ другой разъ (194). Но ни та ни другая цѣль не можетъ дать права на расторженіе связи между преступленіемъ и наказаніемъ, которое никогда не можетъ быть болѣе преступленія. Но и кромѣ того, преступленіе можетъ повторяться, какъ мы видѣли, и совсѣмъ по другой причинѣ.

3). Мѣстныя и временныя обстоятельства.

Если преступникъ совершаетъ свое преступное дѣйствіе на такомъ мѣстѣ, къ которому онъ былъ обязанъ особеннымъ уваженіемъ, или же предпринимаетъ его въ такое время, когда ему нелегко было воспрепятствовать, или когда оно можетъ быть особенно опасно; то все это должно быть разсматриваемо, какъ основаніе къ увеличенію наказанія. Отсюда именно и происходитъ то, что воровство, напр. которое совершается въ церкви или во время пожара, считается вездѣ болѣе тяжкимъ преступленіемъ, нежели когда оно дѣлается напр. въ домѣ частнаго человѣка, который не находится ни въ какой опасности (195).

4). Преодоленіе большихъ препятствій, особенная хитрость, постоянство и жестокость въ

исполненіи также не могутъ не имѣть вліянія на степень наказанія потому, что все это показываетъ большую развратность воли.

Въ каждомъ новомъ препятствіи, говоритъ Грольманъ, содержится приглашеніе для преступника подумать о себѣ и о своемъ дѣйствованіи. Слѣдовательно, чтобы итти впередъ, здѣсь необходима, каждый разъ, новая рѣшимость, слѣд. новое подавленіе чувства долга. Такъ же, если преступленіе совершается съ особенною жестокостію, которая не оставляется и тогда, когда оно уже окончено, то это показываетъ, что преступникъ находитъ въ совершеніи преступленія особенное наслажденіе и слѣдовательно свидѣтельствуетъ о его совершенной безнравственности такъ, что представляется, что изъ простаго неуваженія къ другимъ и ихъ правамъ въ немъ развилась положительная ненависть къ людямъ. Въ обоихъ случаяхъ нельзя, поэтому, отвергнуть существованія высшей степени виновности и слѣдовательно не принять основанія къ большему наказанію 196).

5). Но должно ли принимать высшую степень виновности и тогда, когда преступленіе проистекаетъ изъ такого настроенія души, которое обратилось въ привычку или раждается изъ склон-

ности, которая стала господствующею страстію?

На этотъ вопросъ, казалось бы съ перваго взгляда, можно было отвѣчать отрицательно, какъ то и дѣлаютъ многіе криминалисты. — Если, говоритъ Клейншродъ, какое нибудь дѣйствіе часто повторяется, то поползновеніе къ этому дѣйствію становится сильнѣе и человѣкъ такъ привыкаетъ къ нему, что уже не можетъ оставить его и увлекается противъ воли къ своей любимой склонности. Такимъ образомъ его свобода значительно ограничивается, а съ этимъ вмѣстѣ и вмѣненіе примѣтно уничтожается. Хотя послѣднее и существуетъ, при первомъ преступленіи, въ обыкновенной степени, а при второмъ и третьемъ можетъ даже увеличиваться; но когда преступленіе обращается въ привычку, то оно должно опять уменьшаться (197).

Противъ этаго разсужденія мы не будемъ говорить ни того, что говорятъ противъ него послѣдователи теоріи устрашенія, которой держится и Клейншродъ и которыхъ голосъ, поэтому самому, здѣсь весьма важенъ, т. е. что человѣкъ, именно въ той степени, и становится опаснѣе для Государства, въ какой повинуется чувственнымъ пожеланіямъ и что слѣд. наказаніе и должно быть увели-

чиваемо, когда преступленіе совершается по навыку (198); ни того, что возражаютъ противъ него и защитники теоріи предупрежденія, т. е. что привычка и имѣющая одинаковую съ нею силу страсть до того уничтожаютъ въ человѣкѣ дѣйствіе душевныхъ способностей и такъ овладѣваютъ и самою силою желанія, что онъ дѣйствуетъ почти совершенно непроизвольно и становится вовсе недоступнымъ и для представленія объ обязанности; отъ чего, обратившись т. е. во вторую природу, онѣ и не могутъ быть уничтожены иначе, какъ только сильными мѣрами (199); но замѣтимъ, что такъ какъ преступникъ, вообще посредствомъ наказанія, получаетъ должное воздаяніе за свои дѣйствія, какъ существо разумно-свободное, то ему и можетъ и должно быть вмѣняемо и то, что онъ дозволилъ до такой степени укрѣпиться въ себѣ противозаконной склонности. Только, если къ преступленію содѣйствовала и болѣзненная настроенность тѣла, какъ напр. у пьяницъ по навыку, должно бы было принять меньшую степень виновности, даже, можетъ быть, отвергнуть и совершенно всякое вмѣненіе.

6) Совершенно другое, напротивъ, должно быть сказано о томъ обстоятельствѣ, что преступленіе слишкомъ часто совершается въ из-

вѣстномъ мѣстѣ, равно какъ и о томъ, что оно въ народѣ или и только въ извѣстномъ классѣ народа, къ которому принадлежитъ преступникъ, разсматривается, какъ нѣчто извинительное или и даже заслуживающее похвалу.

И оба эти обстоятельства считаются такъ же, большею частію, достаточною причиною къ увеличенію наказанія. Когда противозаконное дѣйствіе, говоритъ Оерстедъ, разсуждая о послѣднемъ обстоятельствѣ, по господствующимъ понятіямъ въ народѣ или и только въ извѣстномъ классѣ народа, къ которому принадлежитъ преступникъ, разсматривается, какъ нѣчто непредосудительное, даже дозволенное или же и какъ заслуживающее похвалу; то совершеніе подобнаго дѣйствія уже не показываетъ въ совершающемъ его такого испорченнаго и опаснаго образа мыслей, какой бы надлежало предположить въ немъ тогда, когда бы дѣйствіе принадлежало къ числу такихъ, которыя и общее мнѣніе осуждаетъ. Поэтому, если бы измѣрять степень наказанія только степенью личной опасности преступника, то въ этомъ случаѣ надлежало бы, дѣйствительно, поступать съ преступникомъ не строго, а съ особенною снисходительностію. Но по нашимъ началамъ должно, напротивъ, въ подобныхъ случаяхъ, не только не оказывать ему

никакого снисхожденія, но и поступать съ нимъ съ особенною строгостію такъ, что мы полагаемъ, что чѣмъ болѣе пищи находитъ преступленіе въ общественномъ мнѣніи, тѣмъ строжайшія необходимы угрозы для противодѣйствія этому злу, между тѣмъ какъ тамъ, напротивъ, гдѣ уже и самыя господствующія понятія способствуютъ уголовнымъ законамъ достигать той цѣли, для которой они издаются, т. е. устрашенія, могутъ быть приводимы въ дѣйствіе и гораздо менѣе сильныя пружины. При этомъ Законодатель не долженъ, однакожъ, забывать того, что чѣмъ строже наказаніе за дѣйствіе, которое одобряетъ или же и только извиняетъ общественное мнѣніе, тѣмъ рѣже оно можетъ быть открыто, доказано, а слѣдовательно и наказано. По этой причинѣ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ общее мнѣніе слишкомъ громко говоритъ въ пользу извѣстнаго дѣйствія, которое, потому, и не можетъ быть пересилено законами или и другими какими нибудь мѣрами Правительства, Законодатель, съ большею пользою, можетъ ограничиваться легкимъ наказаніемъ, которое, по крайней мѣрѣ иногда, можетъ быть приводимо въ исполненіе, нежели такъ натягивать лукъ, чтобы онъ лопнулъ. Отсюда именно и объясняется какъ то, что преступленія акцизныя и таможенныя, въ большей части положительныхъ законодательствъ, подвергаются

только денежнымъ штрафамъ, не смотря на то, что эти преступленія, какъ квалифицированный видъ подлога, надлежало бы наказывать гораздо строже, нежели простой подлогъ, — такъ, съ другой стороны и то, что строгіе законы противъ дуелей нигдѣ ни къ чему не ведутъ. — Всякой уголовный законъ, который состоитъ въ слишкомъ рѣзкомъ противорѣчіи съ общественнымъ мнѣніемъ, не можетъ быть исполняемъ. Поэтому, если многіе Законодатели думали, что, дабы истребить то глубоко укоренившееся, въ особенности между лицами военнаго состоянія, мнѣніе, которое, въ извѣстныхъ оскорбленіяхъ, не считаетъ никакое другое удовлетвореніе достаточнымъ, кромѣ личной битвы съ оружіемъ въ рукахъ, — нужно только издать строгіе и позорные законы, то они ошибались въ этомъ. Опытъ достаточно показалъ, что Правительства не могутъ и думать о томъ, чтобы, въ самомъ дѣлѣ, приводить въ исполненіе эти жестокіе законы (200).

Что все это разсужденіе согласно съ началами теоріи устрашенія, — это очевидно. Если наказаніе есть только средство къ цѣли устрашенія, слѣдовательно чисто политическая мѣра, то оно, и дѣйствительно, всегда должно быть приспособляемо къ обстоятельствамъ; иначе, будетъ совершенно безполезно. Угрожая наказаніемъ

за преступленіе, Государство хочетъ такимъ образомъ отвратить отъ преступленій граждан, въ которыхъ видитъ возможныхъ преступниковъ. Поэтому оно и должно всегда прибѣгать къ тѣмъ сильнѣйшимъ угрозамъ, чѣмъ сильнѣе попползновеніе къ преступленію. Могутъ быть, однакожъ, случаи, гдѣ, по особеннымъ обстоятельствамъ, и небольшія угрозы могутъ принести болѣе пользы, нежели большія. Небольшими угрозами оно и должно довольствоваться въ этихъ случаяхъ; иначе, будетъ угрожать совершенно напрасно. — Такимъ образомъ, дѣйствительно, должно поступать всякое Государство, которое не видитъ ничего болѣе въ наказаніи, кромѣ средства устрашенія. — Но вытекая прямо изъ началъ теоріи устрашенія, согласно ли мнѣніе Оерстеда и съ началами теоріи возмездія? По началамъ теоріи возмездія, степень наказанія за преступленіе должна быть, какъ мы видѣли, опредѣляема всегда не иначе, какъ по степени тяжести самаго преступленія. Но отъ того, что общее мнѣніе одобряетъ или извиняетъ извѣстное дѣйствіе, которое законъ запрещаетъ, какъ преступное, становится ли оно болѣе преступнымъ? Это совершенно постороннее обстоятельство, которое не состоитъ ни въ какой внутренней связи съ нимъ, увеличиваетъ ли его тяжесть? Очевидно, нѣтъ. Поэтому мы и не видимъ, почему бы оно могло быть основаніемъ къ увеличе-

нію наказанія. Тоже и по той же самой причинѣ должно сказать и о томъ обстоятельствѣ, что преступленіе слишкомъ часто совершается въ томъ мѣстѣ, гдѣ живетъ преступникъ. — Даже намъ представляется, что, въ обоихъ этихъ случаяхъ, скорѣе можно говорить о уменьшеніи, нежели о увеличеніи наказанія, и притомъ не въ видѣ только исключенія и не по однимъ политическимъ причинамъ, какъ то дѣлаетъ Оерстедъ по отношенію къ послѣднему случаю, но и въ видѣ общаго правила и по началамъ права. Если извѣстное преступленіе совершается часто въ томъ мѣстѣ, гдѣ живетъ преступникъ, или одобряется общимъ мнѣніемъ, то, дѣйствительно, нужна несравненно меньшая степень развратности воли, чтобы совершить его, нежели когда этихъ обстоятельствъ нѣтъ. Извѣстно, какъ сильно дѣйствуетъ на человѣка примѣръ и какъ легко онъ привыкаетъ къ самымъ предосудительнымъ дѣйствіямъ, когда онѣ часто совершаются предъ его глазами. Сперва онъ чувствуетъ отвращеніе къ нимъ, потомъ терпитъ ихъ, а наконецъ и самъ рѣшается на нихъ. Именно такимъ образомъ привыкаетъ, на пр. къ взяткамъ большая часть молодыхъ людей съ благороднымъ образомъ мыслей и съ такими же правилами. Такъ же легко преступленіе и тогда, когда его одобряетъ или извиняетъ общее мнѣніе. Въ этомъ случаѣ оно можетъ быть

дѣлаемо даже изъ того только, чтобы не послушаться Правительства и тѣмъ обратить на себя вниманіе и одобреніе толпы, изъ одного хвастовства. И то и другое обстоятельство скорѣе, слѣдовательно, можетъ быть разсматриваемо, какъ основаніе къ уменьшенію, а не къ увеличенію наказанія. Именно по этому, а не по тому, по чему говоритъ Оерстедъ, и наказываются такъ снисходительно акцизныя и таможенныя преступленія и многія другія, какъ на пр. порубка лѣса, — именно, по этому же Правительства смотрятъ иногда, какъ бы сквозь пальцы, на дуели, — до времени, пока лучшее просвѣщеніе не искоренитъ вреднаго, повсюду господствующаго предразсудка, не преставая, однакожъ, подвергать ихъ строгому прещенію въ дѣйствующихъ законахъ, дабы онѣ не нашли одобренія и слѣд. новой пищи въ самой слабости. Неодобреніе извѣстныхъ дѣйствій нигдѣ не можетъ быть изрекаемо лучше и вразумительнѣе для всѣхъ, какъ въ законѣ, который всякой обязанъ внимать.

7). Не менѣе спорный пунктъ есть и то, должно ли имѣть какое нибудь вліяніе на наказаніе состояніе преступника?

Новѣйшими криминалистами вопросъ этотъ рѣшается, большею частію, отрицательно (201),

а въ положительныхъ законодательствахъ состояніе разсматривается то какъ основаніе къ увеличенію наказанія, какъ напр. въ нашемъ отечественномъ (202), то какъ основаніе къ его уменьшенію, какъ напр. въ Римскомъ правѣ (203), или же наконецъ принимается въ соображеніе единственно при выборѣ между различными средствами наказанія, какъ напр. въ иностранныхъ новѣйшихъ законодательствахъ, которыя назначаютъ напр. для лицъ высшаго состоянія заключеніе въ крѣпость тамъ, гдѣ предписываютъ лица нисшаго состоянія заключать въ смирительный или рабочій домъ. Такъ же, нѣкоторыя изъ сихъ послѣднихъ, сходно съ нашимъ законодательствомъ, дозволяютъ наказывать на тѣлѣ только лица нисшаго состоянія (204). —

Намъ кажется, что состояніе, дѣйствительно, только и можетъ имѣть вліяніе на измѣненіе рода наказанія, а не на его увеличеніе или уменьшеніе. Правда, и одно и то же наказаніе неодинаково чувствительно для лицъ высшаго и нисшаго состоянія потому, что въ первыхъ чувство чести и стыда, даже и тѣлесной боли, гораздо болѣе развито, нежели въ послѣднихъ. Слѣдовательно, если бы и тѣхъ и другихъ подвергать одинаковому наказанію, то первые были бы наказываемы несравненно строже, нежели послѣдніе и такимъ образомъ видимое равенство превратилось бы въ настоящее неравенство. Но такъ

какъ, съ другой стороны, лица высшаго состоянія потому самому, что болѣе доступны для чувства чести и стыда, даже тѣлесной боли, и болѣе могутъ и должны быть недоступны для поползновенія къ преступленію, нежели лица нисшаго состоянія; то это, повидимому, настоящее неравенство и уравнивается само собою, не говоря уже о томъ, что онѣ имѣютъ и большую обязанность не нарушать законовъ, подъ особеннымъ покровительствомъ которыхъ состоятъ. И если прибавить къ этому, что примѣръ сильныхъ земли дѣйствуетъ, большею частію, слишкомъ заразительно на толпу и ихъ преступленія почти всегда какъ-то болѣе гласны и соблазнительны, то едва ли можно будетъ, хотя сколько нибудь, усомниться въ томъ, что высшее состояніе не даетъ никакого права на снисхожденіе и пощаду; напротивъ, если его разсматривать само въ себѣ, независимо отъ вышеупомянутыхъ обстоятельствъ, то кажется скорѣе можно утверждать, согласно съ нашимъ законодательствомъ, что чѣмъ выше состояніе преступника (такъ же и чинъ), тѣмъ болѣе и вина его и тѣмъ строже должно быть и наказаніе. — Поелику, однакожъ, нѣкоторыя наказанія считаются безчестными и предосудительными для всего состоянія, то изъ уваженія къ нему вообще, а не къ лицу преступника въ особенности, эти наказанія и могутъ быть замѣняемы

другими, менѣе позорными, хотя и одинаково тяжкими. Въ этомъ и только въ этомъ и должно, по нашему мнѣнію, состоять все вліяніе состоянія преступника на наказаніе.

8). Наконецъ въ большей части положительныхъ законодательствъ къ причинамъ, увеличивающимъ наказаніе, относится и то обстоятельство, что преступникъ лжетъ и запирается при допросѣ.

Новѣйшіе криминалисты оправдываютъ это, большею частію, только тѣмъ, что такимъ образомъ замедляется ходъ правосудія. Но по нашему мнѣнію, вслѣдствіе этаго обстоятельства, наказаніе должно быть увеличиваемо главнымъ образомъ потому, что оно, кромѣ того, что замедляетъ ходъ процесса, обнаруживаетъ въ преступникѣ упорство и ожесточеніе (205).

Между тѣмъ какъ, при вышеозначенныхъ обстоятельствахъ, обыкновенное наказаніе за преступленіе должно быть увеличиваемо, при нѣкоторыхъ другихъ его должно, напротивъ, уменьшать. Сюда относятся:

1. Малолѣтство преступника.

Причина, почему малолѣтные должны быть наказываемы легче за одно и тоже преступленіе, нежели совершеннолѣтніе, заключается частію въ самомъ свойствѣ преступленій, совершаемыхъ малолѣтными, которыя происходятъ, обыкновенно, отъ легкомыслія и поспѣшности, а не отъ хладнокровной обдуманности, а частію и въ томъ, что ихъ склонности еще не такъ закоренѣло злобны и опасны, какъ у взрослыхъ и потому ихъ можно гораздо скорѣе исправить (206). Кромѣ того, если за преступленіемъ должно слѣдовать слишкомъ позорное наказаніе, то подвергнуть ему малолѣтнаго значило бы убить, въ самомъ началѣ, жизнь, еще только развивающуюся, покрывши ее раннимъ позоромъ. Поэтому такое наказаніе и должно быть замѣняемо для малолѣтныхъ другимъ, менѣе позорнымъ, хотя бы то и легчайшимъ (207). Необходимо, впрочемъ, различать различныя степени малолѣтства.

Что а) дѣти совершенно не подлежатъ никакой отвѣтственности за свои дѣйствія, это очевидно само собою потому, что, какъ прекрасно замѣчаетъ Грольманъ, онѣ слѣдуютъ слѣпому инстинкту, не могутъ еще ни о чемъ имѣть правильныхъ представленій, составлять опредѣленныхъ понятій, слѣдовать въ своихъ дѣйствіяхъ постояннымъ правиламъ; сознаніе объ обязанности чуждо

для нихъ, по крайней мѣрѣ слишкомъ слабо, чтобы имѣть какія нибудь практическія послѣдствія. Въ этомъ періодѣ вмѣненіе вовсе невозможно и такъ какъ не отъ дитяти зависитъ, какъ оно хочетъ дѣйствовать, то и никакое объективно-противозаконное дѣйствіе не можетъ быть причтено ему въ вину (208). Наказаніе въ этомъ возрастѣ, слѣдовательно, рѣшительно невозможно, но позволительны однѣ исправительныя мѣры, которыя должны быть предоставлены родителямъ и другимъ лицамъ, заступающимъ ихъ мѣсто. Такъ и поступаютъ, дѣйствительно, всѣ положительныя законодательства (209).

Но б) и выходя изъ дѣтства, человѣкъ созрѣваетъ не вдругъ. И послѣ этаго, онъ еще долго не умѣетъ правильно обсуживать нравственнаго свойства своихъ дѣйствій и дѣйствовать самостоятельно. Это продолжается до тѣхъ поръ, пока онъ не достигаетъ совершеннолѣтія. — Большая часть криминалистовъ думаетъ, что и въ продолженіе всего этаго періода вмѣненіе, а слѣд. и наказаніе, не должно имѣть мѣста, а позволительны такъ же однѣ исправительныя мѣры (210). Но мы сомнѣваемся, чтобы это можно было утверждать вообще. По нашему мнѣнію, должно, напротивъ, и здѣсь различать различныя степени, какъ то и дѣлаютъ, дѣйствитель-

но, нѣкоторыя положительныя законодательства, какъ напр. Римское, Баварское и наше отечественное. Римское право, какъ извѣстно, раздѣляетъ малолѣтныхъ на infantiae proximi и pubertati proximi и освобождаетъ отъ наказанія только первыхъ (211). Равнымъ образомъ и Баварское уголовное уложеніе дѣлаетъ различіе между юношескими преступленіями отъ 8 до 12 и отъ 12 до 16 лѣтъ и предписываетъ первыхъ, въ случаѣ умышленнаго преступленія, если они будутъ признаны способными къ вмѣненію, подвергать только тѣлесному наказанію или же тюремному заключенію отъ 2 дней до 6 мѣсяцевъ, послѣднихъ же, въ случаѣ, если за преступленіе положена смертная казнь, 12 или 16-лѣтнему заключенію въ крѣпость или смирительный домъ или же и заключенію отъ одного года до 8 лѣтъ въ рабочій домъ, когда за преступленіемъ должно слѣдовать временное заключеніе въ смирительный домъ и т. д. (212). Что же касается до нашего законодательства, то оно различаетъ между преступниками отъ 17 до 15 и отъ 15 до 10 лѣтъ и ниже и повелѣваетъ, въ преступленіяхъ неважныхъ, подвергать послѣднихъ только исправительнымъ мѣрамъ, вторыхъ же наказывать розгами, а первыхъ и плетьми (213).

Впрочемъ, если мы и признаемъ за необходимое различать при рѣшеніи вопроса о вмѣненіи преступ-

леній, совершаемыхъ малолѣтными, различныя степени малолѣтства, по примѣру вышеприведенныхъ законодательствъ, не можемъ, однакожъ, одобрить и того, когда онѣ, при опредѣленіи этихъ степеней, обращаютъ вниманіе, большею частію, на одни только года, а не принимаютъ вмѣстѣ въ соображеніе и того, въ какомъ отношеніи состоятъ эти года къ развитію душевныхъ способностей. — Не всѣ люди созрѣваютъ одинаковымъ образомъ, но одинъ поспѣваетъ ранѣе, а другой позже; у нѣкоторыхъ развитіе умственныхъ способностей не поспѣваетъ за лѣтами, а у другихъ опереживаетъ ихъ. Поэтому вообще никакъ нельзя сказать, что въ извѣстныхъ лѣтахъ преступленіе всегда должно подлежать одинаковому наказанію, но должно обращать вниманіе на самое свойство преступленія и если оно обнаруживаетъ рано развившуюся злобу, которая опередила года, то подвергать его строжайшему наказанію, нежели когда бы оно показывало противное, т. е. что не злоба опередила года, а года опередили злобу (214). — Но говорятъ: если бы опредѣляя степень наказанія за преступленія, совершаемыя малолѣтными, надо было обращать вниманіе и на самое свойство этихъ преступленій, то разграниченіе различныхъ степеней по годамъ не служило бы, въ этомъ случаѣ, ни къ чему потому, что тогда бы должно было, почти всякой разъ, измѣнять наказаніе, дабы

приспособить его къ данному случаю, изъ которыхъ ни одинъ не похожъ на другой, съ чѣмъ вмѣстѣ необходимо бы увеличился судейскій произволъ, нигдѣ такъ не вредный, какъ въ уголовномъ правѣ (215). — На это мы отвѣчаемъ, что если, и вообще при рѣшеніи вопроса о вмѣненіи человѣческихъ дѣйствій, по необходимости, многое предоставляется произволу судьи, то почему же особенно опасаться его здѣсь? Развѣ лучше быть явно несправедливымъ? Другое дѣло, если бы всѣ юношескія преступленія были одинаковаго свойства; тогда бы юношескій возрастъ, конечно, уже и самъ въ себѣ, былъ достаточенъ для того, чтобы по его степени опредѣлять степень наказанія. Но такъ какъ этаго не утверждаютъ и сами наши противники, но напротивъ, именно, на томъ и основываютъ свое возраженіе противъ насъ, что юношескія преступленія никогда совершенно не похожи одно на другое; то изъ ихъ же словъ и открывается, что для Законодателя не остается здѣсь другаго выбора, какъ или быть несоразмѣрно жестокимъ по примѣру Баварскаго законодательства или же предоставить судьѣ нѣсколько болѣе произвола по примѣру нашего, которое предписываетъ дѣла о малолѣтныхъ по преступленіямъ важнымъ представлять Правительствующему Сенату съ тѣмъ, дабы онъ давалъ о нихъ приговоръ по своему благоусмотрѣнію (216). Но

и еще далѣе идетъ, въ этомъ отношеніи, Французское уголовное уложеніе; оно не разграничиваетъ никакихъ степеней малолѣтства, но обращаетъ вниманіе только на то, съ сознаніемъ ли о свойствѣ своего дѣйствія дѣйствовалъ малолѣтный или безъ сознанія (217). Мы думаемъ, что этаго одобрить нельзя потому, что здѣсь все уже зависитъ отъ произвола судьи, который возвышается на степень правила, между тѣмъ какъ его должно терпѣть только по необходимости, въ видѣ исключенія изъ правила.

2. То же самое должно сказать и о престарѣлости преступника, которая такъ же приводится, большею частію, и криминалистами и законодательствами, какъ основаніе къ уменьшенію наказанія.

Если престарѣлость разсматривается какъ основаніе къ уменьшенію наказанія, то причина этаго заключается единственно въ томъ, что она сопутствуется большею частію совершеннымъ оскудѣніемъ какъ тѣлесныхъ, такъ и душевныхъ силъ. Поэтому, съ одной стороны, представляется жестокимъ подвергать одинаковому наказанію стараго слабаго и молодаго крѣпкаго человѣка, а съ другой, въ человѣкѣ старомъ не предполагается уже такой обсудительности, которая необходима

для полнаго вмѣненія. Но хотя и справедливо, что въ извѣстныхъ лѣтахъ человѣкъ, большею частію, становится слабъ и тѣломъ и душею, но это не необходимо; напротивъ, иногда и въ преклонныхъ лѣтахъ онъ сохраняетъ и тѣлесную и душевную крѣпость. Отъ этаго и здѣсь точно такъ же, какъ и въ преступленіяхъ малолѣтныхъ, при опредѣленіи степени наказанія, должно обращать вниманіе не только на лѣта преступника, но и на отношеніе лѣтъ къ его тѣлесной и душевной крѣпости и иногда и старшаго лѣтами, но младшаго тѣломъ и душею подвергать строжайшему наказанію, нежели младшаго лѣтами, но слабѣйшаго тѣломъ и душею (218).

3. Третье обстоятельство, которое, обыкновенно, причисляютъ къ причинамъ уменьшающимъ наказаніе, есть справедливый гнѣвъ и вообще состояніе страсти.

Состояніе страсти, въ нѣкоторыхъ законодательствахъ, причисляется даже къ причинамъ, вслѣдствіе которыхъ наказаніе должно вовсе оставляться, съ чѣмъ согласны и многіе изъ новѣйшихъ психологовъ и криминалистовъ. — Если страсть случайна, сама въ себѣ извинительна и достигла такой степени, что отуманила и чувства и разсудокъ, то, говоритъ Генке, она могла бы быть

принята, по изреченію психологовъ, и за основаніе къ совершенной ненаказанности. — Съ этимъ мнѣніемъ едва ли можно согласиться. Генке самъ же говоритъ: человѣкъ не есть произведеніе одной минуты и съ нимъ поступаютъ сообразно съ достоинствомъ его природы только тогда, когда подвергаютъ отвѣтственности и за то, что онъ, уже прежде, не научился обладать своими страстями. Слѣдовательно, и при вышеупомянутыхъ условіяхъ нельзя допустить, чтобы страсть могла совершенно избавлять отъ наказанія. — Но и для того, чтобы она могла служить основаніемъ къ уменьшенію наказанія, необходимо отдѣлить ее отъ другаго, ей соименнаго на нашемъ языкѣ состоянія. Страстію мы называемъ безразлично, какъ сердечныя движенія (affectus), такъ и страсти въ тѣсномъ смыслѣ (passiones). Между тѣми и другими есть, однакожъ, существенное различіе. Какъ чувствованіе относится къ желанію, такъ сердечное движеніе къ страсти. Чувствованія суть раждающіяся изъ ощущеній представленія о пріятномъ или непріятномъ; если онѣ достигаютъ высокой степени, то отсюда происходятъ сердечныя движенія. Желаніе, напротивъ, есть стремленіе къ обладанію извѣстнымъ чувственнымъ благомъ, которое раждается изъ представленія объ удовольствіи, доставляемомъ этимъ благомъ обладающему имъ. Желаніе, которое, отъ частаго удовлетворенія,

обращается въ привычку, называется склонностію, которая, усиливаясь, становится страстію. Желанія, склонности и страсти отличаются слѣд. отъ чуствованій и сердечныхъ движеній тѣмъ, что первымъ предшествуетъ представленіе объ извѣстной цѣли, достиженіе которой представляется, какъ нѣчто пріятное и которая, поэтому, дѣлается побудительною причиною дѣйствованія; онѣ расчетливы и смотрятъ въ будущность; напротивъ, чуствованія, какъ произведенія непосредственнаго чувственнаго впечатленія, непроизвольны и необдуманны, между тѣмъ какъ дѣлать или не дѣлать что-либо, а слѣд. и подавить какое нибудь представленіе и не давать воли воображенію, болѣе или менѣе, состоитъ во власти человѣка. Чѣмъ сильнѣе, далѣе, чуствованіе, тѣмъ оно непродолжительнѣе; чѣмъ же сильнѣе, напротивъ, пожеланіе, тѣмъ оно глубже укореняется. За преступленіемъ, совершеннымъ въ сердечномъ движеніи, слѣдуетъ по пятамъ раскаяніе; напротивъ, преступникъ по страсти есть, большею частію, упорный лжецъ. — Теперь, если страсть должна быть разсматриваема, какъ основаніе къ уменьшенію наказанія, то мало того, что преступленіе должно быть совершено во время и подъ вліяніемъ ея, но и самая страсть не должна имѣть основанія своего происхожденія въ силѣ желанія, а происходить единственно отъ раздраженія силы чуствованія. По-

этому, если, какъ весьма справедливо замѣчаетъ Енуель, время, когда послѣдовало чуственное впечатленіе, которое произвело сильное сердечное движеніе, отдѣлено большимъ промежуткомъ отъ времени совершенія преступленія, то есть довольно сильное основаніе сомнѣваться въ дѣйствительномъ существованіи этой причины къ уменьшенію наказанія потому, что сильное сердечное движеніе, какъ произведеніе единственно ощущенія, необходимо должно быть тѣмъ слабѣе, чѣмъ оно отдаленнѣе отъ его дѣйствующей причины. Но совершенно другое, напротивъ, должно сказать тогда, когда сердечное движеніе будетъ послѣ вновь оживлено посредствомъ пожеланій, склонностей и страстей. Подобное сердечное движеніе можетъ быть отдѣлено большимъ промежуткомъ времени отъ перваго непріятнаго чуства, въ которомъ заключается его первоначальная причина такъ, что его степень должна быть объясняема вообще не изъ этаго чуства, но изъ степени силы пожеланія, склонности и страсти, какъ изъ настоящаго и достаточнаго основанія. Такъ на пр. конечно возможно, чтобы А. умертвилъ Б. изъ мести, хотя послѣдній, уже задолго прежде, оскорбилъ его; но было бы неестественно объяснять это убійство изъ сильнаго гнѣва, который имѣетъ, будто бы, основаніе свое въ давно причиненномъ оскорбленіи отъ того, что раждающееся изъ оскорбленія чу-

ство гнѣва не можетъ быть отдѣлено отъ своей причины, т. е. отъ оскорбленія безъ того, чтобы не исчезнуть. Напротивъ, жажда мести есть страсть, корень которой находится не въ чуствѣ, а въ силѣ желанія. Она происходитъ отъ желанія причинить кому либо зло за то, что и онъ причинилъ его другому или по крайней мѣрѣ намѣренъ былъ причинить. Слѣдовательно, тогда какъ гнѣвъ заимствуетъ всю свою силу отъ силы того чуства, которое произвело его, жажда мести почерпаетъ всю свою силу изъ желанія причинить воздаятельное зло и такимъ образомъ вполнѣ насладиться удовольствіемъ отъ удовлетворенія этаго желанія. Хотя, поэтому, и жаждѣ мщенія, точно такъ же, какъ и гнѣву, предшествуетъ оскорбленіе и возникающее, отсюда, непріятное чуство, и въ томъ и другомъ случаѣ существуетъ, однакожъ, то важное различіе, что месть замышляется, а гнѣвъ нѣтъ; слѣдов. жажда мести принадлежитъ къ силѣ желанія, а гнѣвъ къ силѣ чуствованія. Отсюда, какъ первая можетъ чрезвычайно далеко отстоять отъ ея первоначальнаго повода, такъ, напротивъ, послѣдній тотчасъ исчезаетъ, какъ скоро отдаляется отъ него. — Гдѣ неизвѣстно, поэтому, навѣрное, что̀ причиною преступленія, сильное ли сердечное движеніе или страсть, тамъ должно обращать вниманіе, главнымъ образомъ, на причину сердечнаго движенія, на поведеніе престу-

ника во время и послѣ дѣла и наконецъ на самое свойство преступленія, которое извиняется сильнымъ сердечнымъ движеніемъ. Преступленія, совершаемыя въ состояніи страсти, обыкновенно, внезапны, совершаются въ одно мгновеніе и тотчасъ сопровождаются раскаяніемъ (219).

4. Сходно въ нѣкоторомъ отношеніи съ состояніемъ страсти состояніе нетрезвости.

Когда нетрезвость достигаетъ высшей степени, то она, такъ же какъ и страсть, лишаетъ человѣка сознанія и свободы самоопредѣленія. Если съ этимъ вмѣстѣ она и непроизвольна, то можетъ быть даже разсматриваема и какъ основаніе къ совершенному освобожденію отъ наказанія. Но возможна ли, дѣйствительно, нетрезвость непроизвольная, — не заслуживаетъ ли она, напротивъ, всегда, уже и сама въ себѣ, наказанія и слѣдовательно совершаемое во время ея преступленіе не можетъ ли быть, хотя и непрямо, однакожъ всегда, вмѣняемо его виновнику? — На эти вопросы, должно сознаться, криминалисты не даютъ одинаковаго отвѣта. Только нѣкоторые утверждаютъ то же самое, что и мы; другіе же, напротивъ, говорятъ прямо, что нетрезвость, точно такъ же, какъ и страсть, всегда самопроизвольна. — Кто пьетъ злое вино, говоритъ Эшеръ, тотъ, преж-

де нежели совершенно напивается, обыкновенно, имѣетъ довольно времени размыслить о томъ, что дѣлаетъ и къ чему это можетъ привести его; откуда и раждается для него новая обязанность быть тѣмъ осторожнѣе (220). — Но говоря это, Эшеръ противорѣчитъ опыту. Иногда и даже большею частію человѣкъ приходитъ въ состояніе совершенной нетрезвости, вовсе не имѣя намѣренія напиться и притомъ такъ быстро, что не имѣетъ времени подумать даже и о возможности этаго состоянія, не только о его послѣдствіяхъ. Кто незнаетъ, что уже и самаго пребыванія въ винномъ погребѣ достаточно для того, чтобы опьянѣть; кто еще не испыталъ дѣйствія на себя даже и самаго маловажнаго количества спиртовыхъ напитковъ; кто пьетъ обыкновенную мѣру вина, которую выпивалъ неоднократно, не выходя изъ трезваго состоянія, но не обращаетъ внимаія на особенныя обстоятельства, усталость, сильную теплоту въ комнатахъ и пр., которыя усиливаютъ дѣйствіе вина, — всѣ эти лица могутъ, и совершенно безвинно, опьянѣть до самой высочайшей степени, хотя бы даже пьянство, уже и само въ себѣ, было запрещено подъ страхомъ наказанія. Но и въ самыхъ обыкновенныхъ случаяхъ нетрезвость рѣдко бываетъ совершенно произвольна. Однимъ стаканомъ болѣе и человѣкъ дѣлается совершенно пьянымъ, тогда

какъ вовсе и не думаетъ о томъ, не только не имѣетъ намѣренія къ тому. Только тамъ, слѣдовательно, гдѣ нѣтъ такихъ извиняющихъ обстоятельствъ, можетъ имѣть мѣсто вмѣненіе преступнаго дѣйствія, совершеннаго въ состояніи нетрезвости. Но и въ этихъ случаяхъ оно можетъ быть то болѣе, то менѣе. Такимъ образомъ: а) кто произвольно напивается именно для того, чтобы тѣмъ смѣлѣе совершить преступленіе, которое задумано въ трезвомъ видѣ, тому, очевидно само собою, оно должно быть вмѣнено точно въ той же степени, если не въ большей, какъ въ трезвомъ состояніи. Кто же б), напротивъ, только предвидитъ, что нетрезвость можетъ довести его до преступленія и не смотря на это напивается, тотъ, какъ скоро, дѣйствительно, совершаетъ его въ этомъ состояніи, хотя и долженъ быть наказанъ за свое дѣйствіе, но не какъ злоумышленный злодѣй. Но и еще меньшему наказанію подлежитъ в) тотъ, кто пьетъ въ полной надеждѣ на свое благоразуміе и миролюбіе и въ пьяномъ видѣ, въ которыхъ увѣрился изъ неоднократныхъ опытовъ и однакожъ совершаетъ преступленіе. Въ двухъ послѣднихъ случаяхъ необходимо, впрочемъ, чтобы нетрезвость не была слишкомъ незначительна, но простиралась бы по крайней мѣрѣ до того, что помрачила сознаніе и связала свободу дѣйствованія. Въ противномъ

случаѣ она служила бы только пустымъ предлогомъ, дабы отбыть отъ заслуженнаго наказанія (221).

5. Сознаніе помрачается и во всѣхъ тѣхъ душевныхъ и тѣлесныхъ болѣзняхъ, которыя, когда достигаютъ высшей степени, принимаются, и криминалистами и Законодателями, за основаніе къ совершенному освобожденію отъ наказанія. Поэтому и онѣ должны, по крайней мѣрѣ, уменьшать вину и наказаніе, когда существуютъ не въ высшей, а въ низшей степени. Сюда относятся: безуміе, полоуміе, слабоуміе, глупость и простота и пр., сонливость, лунатизмъ, прихоти беременныхъ женщинъ, страсть къ зажигательству у молодыхъ преступниковъ въ періодѣ развитія, глухота и нѣмота и пр. (222).

Что безуміе, полоуміе, сонливость, лунатизмъ и проч. должны имѣть вліяніе на уменьшеніе наказанія, хотя бы онѣ находились и въ самой низшей степени, — въ этомъ никто не сомнѣвается. Но должно ли оно уменьшаться и во уваженіе слабоумія, тупоумія, глупости и простоты? — Казалось бы и въ этомъ нельзя было сомнѣваться, но Фейербахъ требуетъ даже, чтобы тѣ, которые страждутъ этими недостатками, были подвергаемы тягчайшему наказанію. По сло-

вамъ его люди слабоумные, тупоумные и пр. не могутъ съ такою же силою, какъ и неимѣющіе этихъ недостатковъ, управлять своими страстями и склонностями, которыя увлекаютъ человѣка къ преступленію; отъ чего Законодатель, для достиженія своей цѣли, и имѣетъ нужду въ несравненно сильнѣйшихъ угрозахъ, чтобы заставить и слабоумныхъ дѣйствовать сообразно съ закономъ. Хотя и нельзя не сознаться, что эта аргументація довольно оригинальна, однакожъ не слишкомъ удовлетворительна. Умственныя способности, замѣчаетъ Оерстедъ, могутъ быть употребляемы и не на то только, чтобы способствовать уголовнымъ законамъ къ достиженію ихъ цѣли, но и на то, чтобы ослаблять ихъ силу и устранять препятствія къ совершенію преступленія. Но на это именно и употребляетъ ихъ тотъ, кто, при полномъ развитіи умственныхъ способностей, совершаетъ преступленіе. Скорѣе, слѣд. этотъ человѣкъ болѣе опасенъ и заслуживаетъ большее наказаніе, нежели тѣ преступники, которые, именно отъ того, что глупы, и не могутъ принимать хорошихъ мѣръ ни къ достиженію своихъ цѣлей ни къ сокрытію слѣдовъ преступленія. Мы считаемъ, поэтому, что мнѣніе тѣхъ, которые признаютъ глупость и простоту за основаніе не къ увеличенію, а къ уменьшенію наказанія, болѣе справедливо, нежели Фейербахово (223). — И дѣй-

ствительно, одна только упорная послѣдователь-ность во мнѣніи о существѣ наказанія могла заставить Фейербаха утверждать то, что, очевидно, противно самому здравому смыслу и чего, поэтому, не могли принять и самые послѣдователи его. Чѣмъ умнѣе кто и слѣд. чѣмъ болѣе можетъ обсудить свойство своего дѣйствія, тѣмъ большему тотъ долженъ подлежать и наказанію, и наоборотъ, чѣмъ глупѣе кто и слѣд. чѣмъ менѣе можетъ обсудить свойство своего дѣйствія, тѣмъ меньшему тотъ долженъ подлежать и наказанію, это такая истинна, которая не требуетъ никакихъ доказательсщвъ. Непонятно, какъ Фейербахъ могъ рѣшиться высказать такую нелѣпость, тѣмъ болѣе, что и его теорія, какъ мы видѣли, допускаетъ и противное мнѣніе.

6. Угроза и приказаніе.

Иногда человѣкъ можетъ терять свободу самоопредѣленія и въ слѣдствіе вліянія на него другихъ, которые такъ сильно дѣйствуютъ на него, что только въ угодность имъ онъ и совершаетъ преступленіе. Самый обыкновенный способъ этаго вліянія состоитъ въ угрозѣ и приказаніи. Поэтому угроза и приказаніе, обыкновенно, и приводятся, какъ въ законодательствахъ, такъ и руководствахъ, между причинами къ уменьшенію наказанія. Но эта-

го мало. Онѣ могутъ быть даже разсматриваемы, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, и какъ основаніе къ совершенному освобожденію отъ наказанія. Напр. когда угроза заключаетъ въ себѣ такое зло, которое несравненно болѣе наказанія за преступленіе, дѣлается такимъ лицемъ, которое имѣетъ значительное и душевное и тѣлесное превосходство предъ угрожаемымъ и есть неминуема и неотвратима никакимъ другимъ образомъ, или когда приказаніе дается начальникомъ подчиненному, который долженъ повиноваться не разсуждая, или же и отцемъ дѣтямъ, а мужемъ женѣ, которыя находятся у нихъ въ такомъ повиновеніи, что считаютъ ихъ волю закономъ для себя; то во всѣхъ этихъ случаяхъ ненаказанность преступленія не подлежитъ никакому сомнѣнію потому, что оно принадлежитъ не тому, кто его совершаетъ, но кто угрожаетъ или приказываетъ. — Но если этихъ обстоятельствъ нѣтъ, то угроза и приказаніе могутъ уже служить только къ уменьшенію наказанія, что зависитъ, однакожъ, такъ же отъ многихъ условій, которыя слишкомъ безчисленны и разнообразны, чтобы объ нихъ можно было говорить in abstracto, безъ всякаго отношенія къ извѣстному случаю (224).

7. Вознагражденіе вреда.

Это обстоятельство имѣетъ силу, главнымъ образомъ, тамъ, гдѣ преступленіе есть, преимущественно, частное оскорбленіе. Тогда партіямъ вольно раздѣлываться между собою, какъ хотятъ. Но когда вредъ есть только подчиненный моментъ преступленія, то онъ едва ли можетъ быть принимаемъ во уваженіе при опредѣленіи степени наказанія; иначе бы и умышленный зажигатель могъ откупаться отъ заслуженнаго наказанія, заплативши за причиненный имъ убытокъ (225).

8. Явка съ повинною и признаніе въ началѣ слѣдствія.

Кто самъ добровольно признается въ преступленіи и дѣлаетъ это въ началѣ слѣдствія, тотъ, когда это происходитъ отъ раскаянія, а не отъ того, что онъ видитъ, что ему не удастся обмануть судей и слѣд. рано или поздо, но все надо будетъ признаться, заслуживаетъ за это пощаду тѣмъ болѣе, что, съ тѣмъ вмѣстѣ, онъ и прекращаетъ процессъ въ самомъ началѣ, который, кромѣ напрасной потери времени и издержекъ, могъ бы имѣть непріятныя послѣдствія и для другихъ. — Пощаду, весьма часто, обѣщаютъ и тѣмъ, которые открываютъ сообщниковъ. Во многихъ случаяхъ это могло бы быть очень хорошею политическою мѣрою, напр. если пре-

ступленіе особенно вредно или преступниковъ много; но если эта мѣра возведена на степень закона, то она и сама можетъ быть источникомъ большаго зла, благопріятствуя оговорамъ (226).

9. Наконецъ основаніемъ къ уменьшенію наказанія считаютъ и продолжительное безвинное содержаніе подъ стражею.

Какъ скоро законъ, говоритъ Клейншродъ, назначаетъ опредѣленное наказаніе за преступленіе, то хочетъ, чтобы преступникъ терпѣлъ именно это, а не другое наказаніе. Но и тогда, когда предоставляетъ назначать его самому судьѣ, дѣлаетъ это всегда съ тѣмъ условіемъ, чтобы онъ назначалъ его съ наблюденіемъ строгой справедливости, никогда не нарушая должной мѣры. Если теперь преступникъ, прежде наказанія, уже терпитъ извѣстное зло, не отъ себя, но отъ суда, то спрашивается: можно ли зачитать ему это зло при опредѣленіи наказанія? При отвѣтѣ на этотъ вопросъ не можетъ быть принимаемо въ расчетъ, какъ и очевидно само собою, то, когда преступникъ самъ виноватъ въ томъ, что слѣдствіе по его дѣлу продолжается долѣе обыкновеннаго, на пр. если онъ лжетъ и запирается, самъ проволачиваетъ дѣло и пр. потому, что причина этаго за-

медленія заключается въ немъ самомъ. Равнымъ образомъ и то не можетъ быть зачитаемо ему, если самое свойство преступленія и его запутанныя обстоятельства требуютъ болѣе продолжительнаго изслѣдованія, отъ чего заключеніе его и продолжается болѣе обыкновеннаго. И здѣсь онъ терпитъ отъ себя самаго, а потому и не можетъ требовать, чтобы на это было обращено какое нибудь вниманіе при назначеніи наказанія. Но если преступникъ остается долго въ тюрьмѣ безъ всякой, съ своей стороны, вины, то это не должно ли быть принято въ соображеніе при постановленіи приговора? Безъ сомнѣнія. Справедливость требуетъ, чтобы преступникъ не былъ приговариваемъ къ большему наказанію, нежели какое назначаетъ законъ. Но мѣра законная была бы, очевидно, нарушена, если бы, вмѣстѣ съ вышеупомянутымъ зломъ, на преступникѣ было выполнено все опредѣленное закономъ наказаніе. Слѣдовательно наказаніе это должно быть уменьшаемо непремѣнно, если преступникъ, уже отъ самаго суда, потерпѣлъ какое нибудь незаслуженное зло или если слѣдствіе по его дѣлу слишкомъ замедлилось безъ его вины. Съ этимъ согласны и всѣ писатели, впрочемъ такъ, что многіе изъ нихъ хотятъ уменьшать наказаніе, во уваженіе этаго обстоятельства, только тогда, когда за преступленіе должно быть назначено тѣлесное наказаніе, а не смерт-

ная казнь. Правда, строгое тюремное заключеніе есть зло, которое близко подходитъ къ тѣлесному наказанію и потому легче можетъ быть соразмѣряемо съ нимъ, нежели со всякимъ другимъ. Можно такъ вычислять: столько зла потерпѣлъ преступникъ отъ безвиннаго содержанія подъ стражею, столько же должно быть отбавлено и отъ обыкновеннаго наказанія. Напротивъ, смертная казнь не допускаетъ такого вычисленія; она должна отнять у преступника совершенно всякую возможность вредить. Отсюда, если преступникъ, заслужившій смертную казнь, содержится въ строгомъ и продолжительномъ тюремномъ заключеніи, то онъ, хотя и довольно терпитъ, но его дѣйствіе заслуживаетъ болѣе. Его должно лишить возможности вредить, слѣдовательно уничтожить. Поэтому обстоятельство, что онъ долго содержался подъ стражею, здѣсь, кажется, не можетъ имѣть никакой силы. Но если, съ другой стороны, принять въ соображеніе то, что было бы слишкомъ жестоко, преступника, заслужившаго смертную казнь, сперва томить долгою неизвѣстностію, содержать значительное время въ оковахъ или даже и мучить и потомъ подвергнуть самому ужаснѣйшему злу, — позорной смерти; то нельзя не признать, что, и въ этомъ случаѣ, существуетъ полное основаніе къ уменьшенію наказанія и что слѣд. квалифици-

рованная смертная казнь должна быть превращаема въ простую, а эта последняя въ пожизненное лишеніе свободы, которое, смотря по обстоятельствамъ, должно быть то строже, то легче (227).

Справедливость этаго разсужденія очевидна. Только и мы не можемъ согласиться съ Клейнш-родомъ въ томъ, что онъ говоритъ о вліяніи долгаго содержанія подъ стражею на смертную казнь. Если Государство подвергаетъ нѣкоторыя преступленія смертной казни, то дѣлаетъ это потому, что считаетъ необходимымъ уничтоженіе преступника, невозможнымъ его дальнѣйшее физическое существованіе. Эта казнь и не допускаетъ, поэтому, никакого вычета и замѣна и можетъ быть оставляема только тогда, когда, по какимъ нибудь обстоятельствамъ, самая вина преступника становится менѣе или его наказаніе не нужно, а необходимо удовольствоваться другимъ какимъ нибудь, меньшимъ удовлетвореніемъ. Какъ бы ни было, слѣд., продолжительно и несправедливо тюремное заключеніе, но оно одно никогда не можетъ избавлять отъ смертной казни; по крайней мѣрѣ это долженъ дѣлать не судья, а Законодатель, которой одинъ только и имѣетъ право творить, вмѣсто суда, милость. Горестно, дѣйствительно, положеніе преступника, который

должень безвинно, нѣсколько лѣтъ, страдать, можетъ быть, въ мрачной и душной тюрьмѣ, чтобы потомъ погибнуть позорною смертію, — достойна сожалѣнія участь его, но онъ не пріобрѣтаетъ этимъ никакого права на пощаду и слѣд. долженъ погибнуть, если не найдетъ нужнымъ и возможнымъ спасти его Монархъ, къ которому судья и долженъ обращаться, въ подобныхъ случаяхъ, съ просьбою о помилованіи (228).

Поименованныя обстоятельства признаются всѣми криминалистами за основаніе къ уменьшенію наказанія. Но нѣкоторые изъ нихъ, преимущественно древніе, приписываютъ эту же самую силу и многимъ другимъ обстоятельствамъ. Сюда относятся:

1. Благопріятный случай къ совершенію преступленія, неожиданно представившійся.

Гораздо легче не совершить преступленія, когда нѣтъ къ тому случая, нежели когда онъ представляется самъ собою. Кто ищетъ случая къ преступленію, тотъ уже преступникъ въ душѣ, тѣмъ оно уже рѣшено. Но когда случай къ преступленію представляется самъ собою, тогда можетъ впасть въ искушеніе и человѣкъ добродѣтельный. Чтобы не искать случая къ пре-

ступленію, нужно только не быть развратнымъ; но чтобы пренебречь имъ, когда онъ представляется самъ собою, необходимо умѣть обладать собою, своими страстями, слѣдовательно быть въ нѣкоторой степени нравственно совершеннымъ. До случая мы всѣ добродѣтельны и не вѣримъ въ возможность преступленія; но едва порокъ разставляетъ свои сѣти и мы падаемъ въ нихъ тогда, какъ думали стоять твердо. — Представимъ себѣ человѣка, говоритъ Клейнтродъ, который ни о чемъ менѣе не думаетъ, какъ о преступленіи. Но ему вдругъ представляется случай къ преступленію; выгода и наслажденіе, которыхъ онъ можетъ ожидать отъ него, такъ оковываютъ его душу, что онъ дѣлается вовсе неспособнымъ думать о чемъ либо другомъ и увлекается такимъ образомъ къ преступленію уже прежде, нежели успѣетъ пробудиться его нравственное чуство (229). — Если же случай имѣетъ такое вліяніе на человѣка, то трудно объяснить, почему бы онъ не долженъ былъ имѣть вліянія и на наказаніе? Неужели въ самомъ дѣлѣ оно нисколько не должно быть менѣе въ вышеприведенномъ примѣрѣ? — По моему мнѣнію, замѣчаетъ тотъ же Клейнтродъ, вмѣненіе должно быть здѣсь только половинное, даже и еще менѣе, нежели въ половину противъ обыкновеннаго. Бѣдный, доселѣ честный человѣкъ, приходитъ нечаянно на мѣсто,

гдѣ разсыпано множество денегъ; мысль, ты можешь поправиться за одинъ разъ, вытѣсняетъ всѣ другія, гонитъ его впередъ и направляетъ его руки къ деньгамъ; — можетъ ли этотъ человѣкъ быть признанъ такъ же виновнымъ, какъ и тотъ, кто самъ замышляетъ воровство, дѣлаетъ всѣ нужныя къ тому приготовленія и самъ собою, совершенно хладнокровно, идетъ къ предположенной цѣли? Но и еще болѣе должно быть уменьшено наказаніе, когда съ случаемъ соединяется страсть потому, что тогда самодѣятельность души вдвойнѣ стѣсняется (230).

2. Почти тоже должно сказать, въ нѣкоторомъ отношеніи, и о крайней нуждѣ.

Говоря вообще, бѣдность и преступленіе не имѣютъ, правда, ничего общаго. Человѣкъ бѣдный можетъ быть такъ же хорошо и честнѣйшимъ человѣкомъ, какъ и величайшимъ преступникомъ. Могутъ быть, однакожъ, случаи, когда бѣдность можетъ служить сильнымъ побужденіемъ къ преступленію напр. когда кто только съ трудомъ поддерживаетъ свое существованіе, то очень возможно, что онъ нападетъ на мысль, пропитывать себя легчайшимъ образомъ. Слѣдовательно преступленія, которыя направляются противъ правъ на имущества, легко могутъ происходить отъ

бѣдности. Въ этихъ-то случаяхъ бѣдность и должна быть принимаема во уваженіе при опредѣленіи наказанія за преступленіе; но для этаго необходимо однакожъ а) чтобы она происходила не отъ собственной вины. Кто самъ легкомысленно довелъ себя до нищенскаго состоянія, тотъ себѣ и долженъ приписывать то, что не имѣетъ возможности пропитываться честнымъ образомъ. Кромѣ того б) самая бѣдность должна быть такова, что совершившій преступленіе могъ, действительно, только съ величайшимъ трудомъ удовлетворять самонужнѣйшимъ потребностямъ, иначе она была бы только пустымъ предлогомъ. Наконецъ в) и при этихъ условіяхъ преступленіе должно быть совершено возможно невреднымъ образомъ. Только простое воровство, которое притомъ и маловажно, можетъ быть извинено бѣдностію, но не разбой, зажигательство или воровство, смертоубійство (231).

3. Большое число преступниковъ, которые виновны въ одномъ и томъ же преступленіи, за которымъ, притомъ, должна слѣдовать смертная казнь.

И это обстоятельство такъ же нельзя не принимать во уваженіе. Правда, оно нисколько не измѣняетъ степени виновности каждаго изъ преступниковъ; но какъ ни важна обязанность для

Государства быть строго правосуднымъ, все, однакожъ, она не такъ велика, чтобы изъ уваженія къ ней должно было жертвовать всѣмъ, что ни есть драгоцѣннаго, презирать всѣ отношенія и отваживать свое существованіе. Слѣдовательно, всегда, когда строгость несовмѣстна съ обстоятельствами, какъ напр. въ приведенномъ случаѣ, Государство не только можетъ, но и имѣетъ обязанность отступать отъ нее. Отсюда не должно, однакожъ, выводить и того, что, смотря по обстоятельствамъ, оно, наоборотъ, можетъ быть и болѣе строгимъ, нежели сколько должно. Милость можетъ быть и неограниченна, хотя и всегда должна быть разумна; напротивъ, строгость никогда не должна простираться далѣе того, что человѣкъ заслужилъ своими дѣлами потому, что Государство существуетъ для человѣка, а не человѣкъ для Государства (232).

4 Прежняя добрая жизнь и особенныя государственныя заслуги.

Если преступникъ всегда велъ себя безукоризненно, никогда не состоялъ подъ судомъ или слѣдствіемъ и вообще не замѣченъ ни въ какомъ предосудительномъ поступкѣ, то съ нимъ по крайней мѣрѣ нельзя поступать такъ, какъ съ тѣмъ, который и всегда жилъ безпутно, неоднократно

былъ подъ судомъ и вообще извѣстенъ, какъ дурной человѣкъ. По отношенію къ первому раждается сомнѣніе, что его преступленіе есть, можетъ быть, произведеніе болѣе случая или какихъ нибудь особенныхъ обстоятельствъ, нежели плодъ обдуманной злости. Гдѣ, поэтому, сомнѣніе это не уничтожается совершенно такими обстоятельствами, которыя ясно показываютъ въ преступникѣ обдуманную злобу, тамъ должно быть снисходительнымъ къ нему изъ уваженія къ прежней доброй жизни, тѣмъ болѣе, что порочная, юридически доказанная, всегда, какъ мы видѣли, служитъ къ невыгодѣ его. Но и еще болѣе, кажется, должно быть снисходительнымъ, въ подобныхъ случаяхъ, къ тому, котораго вина значительно уменьшается вслѣдствіе особенныхъ государственныхъ заслугъ. Только тогда и это обстоятельство, по нашему мнѣнію, не можетъ быть принимаемо ни въ какое уваженіе, когда преступленіе есть явно злонамѣренное. Въ этомъ случаѣ наказаніе можно даже увеличивать, если преступленіе таково, что оно можетъ имѣть вредное вліяніе на другихъ, въ особенности на подчиненныхъ (233).

5. Воспитаніе.

Кто получилъ худое воспитаніе, тотъ часто не можетъ ни хорошо обсуживать нравственнаго

свойства своихъ дѣйствій ни управлять своими чувствованіями и страстями. Поэтому, если онъ совершаетъ преступленіе, то его, очевидно, должно менѣе наказывать, нежели того, кто имѣлъ счастіе получить тщательное воспитаніе. — Говорятъ однакожъ: кто испорченъ воспитаніемъ, тотъ испорченъ совершенно. Зло, которое приходитъ въ насъ изъ этаго источника, такъ глубоко укореняется, что хотя и можетъ быть ограничиваемо разумомъ, но не уничтожаемо совершенно. Кто, слѣдовательно, получилъ дурное воспитаніе, тотъ можетъ быть удерживаемъ въ предѣлахъ порядка и закона только сильными мѣрами и потому худое воспитаніе скорѣе можетъ быть основаніемъ къ увеличенію, а не къ уменьшенію наказанія. — Возраженіе это дѣлаютъ защитники теоріи устрашенія. Но противъ него, весьма справедливо, замѣчаетъ Оерстедъ, который такъ же держится теоріи устрашенія, слѣдующее „если тотъ, кто получилъ хорошее воспитаніе, унижается до преступленія, отъ котораго его должно бы было предохранить воспитаніе, то это показываетъ тѣмъ сильнѣйшую внутреннюю наклонность къ преступленію. Слѣдовательно удержать такого человѣка въ предѣлахъ порядка и закона, очевидно, труднѣе, нежели образумить того, кто дѣлается преступникомъ, единственно по недостатку воспитанія. Недостатокъ этотъ можетъ

быть легко пополнен въ хорошемъ тюремномъ заведеніи (234)."

6. Раскаяніе.

Раскаяніе, говоритъ Клейншродъ, можетъ имѣть иногда большое вліяніе на наказаніе. Все, однакожъ, зависитъ здѣсь, какъ и вездѣ, отъ строгаго отдѣленія различныхъ случаевъ. Итакъ а) нѣкто дѣлаетъ приготовленіе къ преступленію и начинаетъ главное дѣйствіе, но вдругъ чувствуетъ столь сильное раскаяніе, что удерживается отъ выполненія того, что началъ. Очевидно, что раскаяніе должно имѣть здѣсь большую важность потому, что въ немъ заключается причина, почему существуетъ только покушеніе. Главное, впрочемъ, на что, въ этомъ случаѣ, должно обращать вниманіе, есть причина самаго раскаянія. Заключается она во уваженіи къ закону, то наказаніе покушенія можетъ быть только самое маловажное. Напротивъ, оно должно быть несравненно болѣе, когда раскаяніе происходитъ только отъ того, что преступникъ предвидѣлъ, что выполненіе будетъ сопряжено съ большими трудностями или не доставитъ тѣхъ выгодъ, которыхъ онъ ожидалъ. б) Если виновникъ противозаконнаго дѣйствія показываетъ раскаяніе по совершеніи его отъ того, что не получаетъ тѣхъ

выгодъ, которыхъ ожидалъ, или же отъ того, что видитъ, что преступленіе легко можетъ быть болѣе вредно, нежели полезно для него, то всѣ эти расчеты не могутъ имѣть никакой пользы для него потому, что онъ дѣлаетъ ихъ по совершеніи преступленія и они уже не имѣютъ никакого вліянія на dolus и culpa. в) Такъ же мало приноситъ пользы раскаяніе, которое раждается изъ страха наказанія, куда относится преимущественно то, которое показываютъ при самомъ производствѣ слѣдствія. г) То же самое должно сказать и о раскаяніи только на словахъ, когда дѣйствіе такого рода, что оно ясно свидѣтельствуетъ о злоумышленности. Правда, и этаго рода раскаяніе можетъ происходить изъ уваженія къ законамъ; изъ самаго дѣла открывается, однакожъ, что уваженіе къ законамъ не было довольно сильно, чтобы не допустить преступника до совершенія преступленія. Здѣсь раскаяніе есть, на самомъ дѣлѣ, только страхъ предъ карающею десницею правосудія. д) Но есть преступленія, которыя совершаются часто отъ поспѣшности, которыхъ источникъ скрывается, по большей части, въ внезапно вспыхивающей страсти или въ непредвидѣнномъ случайномъ обстоятельствѣ. Это должно, преимущественно, замѣтить о такихъ дѣйствіяхъ, которыя не доставляютъ или совершенно никакой выгоды или же только маловажную. Если въ

этихъ случаяхъ показываютъ раскаяніе при самомъ дѣлѣ или же по его совершеніи, то оно доказываетъ, что здѣсь, дѣйствительно, должно скорѣе допустить поспѣшность и неосторожность, нежели обдуманную злость. Примѣрами этаго могутъ служить богохуленіе, обиды и другія подобныя преступленія. Такъ же и тогда раскаяніе должно быть принято во уваженіе, когда вина заключается, главнымъ образомъ, въ упорствѣ. Тогда раскаяніе уничтожаетъ преступленіе. е) Кромѣ того возможно не только словесное раскаяніе, но оно можетъ быть выражаемо и на дѣлѣ. Это послѣднее вообще важнѣе, нежели первое. Слова могутъ быть произносимы съ весьма различнымъ намѣреніемъ, допускаютъ весьма различное толкованіе; напротивъ, дѣйствія содержатъ въ себѣ несомнѣнное доказательство серьёзнаго направленія воли. Такимъ образомъ, кто не только раскаевается въ своемъ дѣйствіи, но и старается уничтожить всѣ вредныя послѣдствія его, того можно наказать полегче. ж) Если вредъ можетъ быть вознагражденъ, то раскаяніе такъ же значитъ много, когда оно сопровождается добровольнымъ вознагражденіемъ вреда. Въ двухъ послѣднихъ случаяхъ раскаяніе не уменьшаетъ, правда, степени виновности, имѣетъ однакожъ, вліяніе на уменьшеніе наказанія (235).

Дѣйствительно, значительное вліяніе на наказаніе раскаяніе можетъ имѣть только въ тѣхъ случаяхъ, когда преступленіе совершается по неосторожности, а не есть плодъ обдуманной злости. Но и въ этихъ случаяхъ оно должно: а) быть искреннее, слѣдовательно основываться не на выкладкахъ и расчетахъ, а на внутреннемъ омерзѣніи къ поступку и потому б) выражаться не въ словахъ только, но и въ дѣлахъ, въ особенности въ готовности ко всякому удовлетворенію и вознагражденію за причиненное оскорбленіе, которая в) доказывается добровольнымъ самообвиненіемъ, когда еще не начато и слѣдствія по дѣлу. — При этихъ условіяхъ раскаяніе можетъ, впрочемъ, имѣть нѣкоторое вліяніе на уменьшеніе наказанія и въ преступленіяхъ злонамѣренныхъ и по нашему мнѣнію не только тогда, когда онѣ ограничиваются еще покушеніемъ, но и въ случаѣ совершеннаго выполненія. Даже, если и страхъ наказанія участвуетъ въ раскаяніи, но оно есть искреннее и серьёзное, то, хотя бы и послѣдовало тогда, когда уже дѣло по преступленію подходитъ къ концу, и въ этомъ случаѣ нельзя отказать ему совершенно во всякомъ вліяніи на наказаніе. Раскаяваться никогда не поздо и страхъ наказанія не есть такое чуство, которое бы было рѣшительно предосудительно. Если человѣкъ имѣетъ по крайней мѣрѣ страхъ, то онъ еще не совсѣмъ потерянъ;

еще существуетъ мотивъ, посредствомъ котораго можно дѣйствовать на него.

7. Доброе намѣреніе.

Вопросъ, можетъ ли имѣть какое нибудь вліяніе на наказаніе то обстоятельство, что преступленіе совершено не съ злымъ, а съ добрымъ намѣреніемъ, состоитъ въ связи съ другимъ вопросомъ: можетъ ли имѣть какое нибудь вліяніе на наказаніе свойство тѣхъ побужденій, по которымъ преступленіе совершается? Если извѣстно, говоритъ въ отвѣтъ на этотъ послѣдній вопросъ Оерстедъ, намѣреніе совершить преступленіе, то, повидимому, совершенно все равно, изъ какихъ мотивовъ проистекаетъ это намѣреніе потому, что сила, которая необходима для уничтоженія противозаконнаго направленія воли, не состоитъ ни въ какомъ соотношеніи съ большею или меньшею гнусностію мотивовъ такъ, что иногда, и при совершенно непредосудительныхъ мотивахъ, никакая сила не въ состояніи удержать человѣка отъ преступленія, и наоборотъ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, и при гнусныхъ мотивахъ, онъ удерживается отъ него съ несравненно меньшимъ трудомъ. Напр. гораздо труднѣе удержать отъ преступленія мать, которая хочетъ убить свое дитя, дабы такимъ

образомъ оказать ему величайшее благодѣяніе, освободивши его изъ этой юдоли плача, нежели устрашить злодѣя, который, изъ гнуснаго прибытка, готовъ проливать кровь своихъ согражданъ. Впрочемъ, это было бы вполнѣ справедливо только тогда, когда бы законъ хотѣлъ устрашать только того, кто имѣетъ намѣреніе совершить преступленіе. Но такъ какъ мы хотимъ вмѣстѣ, чтобы онъ имѣлъ въ виду и защищеніе гражданскаго общества противъ дѣйствительнаго преступника, который однажды нарушилъ его спокойствіе, то и не можемъ, не смотря на вышесказанное, не приписать нѣкотораго вліянія на степень наказанія большей или меньшей гнусности мотивовъ. Это вліяніе не можетъ быть, однакожъ, слишкомъ большое и должно состоять въ томъ, чтобы судья, кромѣ другихъ обстоятельствъ, которыми, обыкновенно, измѣряется степень наказанія, не забывалъ обращать вниманіе и на свойство мотивовъ (236).

Слѣдовательно, и изъ началъ теоріи устрашенія можетъ быть выведено то, что, по различію мотивовъ, должно быть различно и наказаніе; но, и еще очевиднѣе, это можетъ быть доказано изъ началъ нашей теоріи. Главное начало нашей теоріи, какъ уже замѣчено выше, состоитъ въ томъ, чтобы человѣкъ былъ наказываемъ не болѣе того,

что онъ заслужилъ своими дѣлами, слѣд. чтобы степень наказанія опредѣлялась всегда по степени виновности. Но кто совершаетъ преступленіе съ добрымъ намѣреніемъ, неужели не менѣе виновенъ, нежели тотъ, кто совершаетъ его съ злымъ намѣреніемъ? Убійца изъ сострадания, лжесвидѣтель изъ родства или дружбы, преступникъ изъ ревности не по разуму и пр. неужели такъ же виновны, какъ и убійца по злобѣ, изъ гнуснаго прибытка, по найму, лжесвидѣтель изъ вражды, по подкупу, преступникъ по нерадѣнію, по злоумышленности? Невозможно! Пусть каждый обратится къ собственному чувству. Что возбуждаетъ въ немъ преступленіе первыхъ и что преступленіе послѣднихъ? Къ первымъ мы, обыкновенно, чувствуемъ сострадание, а къ послѣднимъ омерзѣніе. Неужели же законъ долженъ противорѣчить внутреннему чувству, быть строже его, не смотря на то, что оно рѣдко обманывается? И къ чему бы, иначе, дѣлать различіе и между преступленіями злонамѣренными и неосторожными? — Должно, впрочемъ, остерегаться здѣсь, чтобы не смѣшать между собою различныхъ случаевъ. Только въ тѣхъ случаяхъ доброе намѣреніе можетъ имѣть значительное вліяніе на уменьшеніе наказанія, когда, дѣлая добро одному, преступникъ не желаетъ причинить большаго зла другому; если же, напротивъ, избавляя отъ несчастія одного, онъ губитъ,

завѣдомо, другаго, то наказаніе за преступленіе иногда можетъ быть даже увеличиваемо. Спасать преступника и обвинять невиннаго значитъ быть самымъ гнуснымъ клеветникомъ. Кто, поэтому, чтобы спасти своего друга или родственника, даетъ лживую присягу въ судѣ въ подтвержденіе обвиненія, которымъ тотъ или и онъ самъ сводитъ свою или чужую вину на другаго и такимъ образомъ подвергаетъ его опасности потерпѣть незаслуженное, тяжкое наказаніе, тотъ долженъ быть наказанъ даже строже противъ обыкновеннаго.

Раздѣляя съ древними криминалистами мнѣніе о томъ, что всѣ вышепоименованныя обстоятельства должны имѣть вліяніе на уменьшеніе наказанія, мы не можемъ, однакожъ, согласиться съ ними и въ томъ, чтобы это же самое вліяніе могли имѣть на него и слѣдующія обстоятельства:

1. Ходатайство другихъ.

Трудно и даже и совершенно невозможно пріискать какое нибудь разумное основаніе, почему бы ходатайство другихъ могло быть уважаемо при опредѣленіи степени наказанія за преступленіе. Отъ этаго, совершенно посторонняго обстоятельства вина преступника нисколько не уменьшается. Если бы, однакожъ, случилось, что за виновнаго

проситъ самъ обиженный имъ, то, какъ скоро оскорбленіе болѣе касается его самаго, нежели Государства, какъ напр. въ личныхъ обидахъ, ходатайство его, въ этомъ случаѣ, не могло бы быть справедливо отвергнуто, въ особенности, если оскорбленный долженъ отъ этаго еще болѣе потерпѣть. Въ этомъ случаѣ нѣтъ главной причины къ наказанію, а есть основаніе къ помилованію. Такимъ образомъ, если невинный мужъ ходатайствуетъ за виновную жену, уличенную въ прелюбодѣяніи, желая продолженія брака, который былъ бы невозможенъ, если бы жена должна была вполнѣ потерпѣть наказаніе, положенное въ законѣ за преступленіе, то это ходатайство не можетъ быть справедливо отвергнуто. Равнымъ образомъ и въ личныхъ обидахъ, которыя заключаютъ въ себѣ только частное оскорбленіе, ходатайствомъ обиженнаго долженъ даже совершенно прекращаться всякой судъ по дѣлу. На этомъ, именно, и основывается то, что во всѣхъ Законодательствахъ примиреніе уничтожаетъ всякій искъ по дѣламъ этаго рода. Но только въ этихъ и другихъ подобныхъ случаяхъ ходатайство другихъ и можетъ быть принимаемо въ уваженіе, во всѣхъ же другихъ, опять повторяемъ, оно ни къ чему не служитъ (237).

2. Женскій полъ.

Тоже самое должно сказать и о женскомъ полѣ. — Писатели, которые требуютъ, чтобы преступники женскаго пола были наказываемы легче, нежели преступники мужскаго пола, основываютъ свое требованіе на слѣдующихъ обстоятельствахъ: а) на различіи тѣлесной крѣпости, которою обладаютъ въ гораздо большей степени мущины, нежели женщины, отъ чего первые и могутъ переносить гораздо болѣе, нежели послѣднія; б) на чрезвычайной чувствительности женщинъ, которая, иногда противъ воли, увлекаетъ ихъ къ извѣстнымъ дѣйствіямъ и дѣлаетъ слишкомъ доступными для обольщенія; в) на бо́льшей живости ихъ воображенія, легкости и переходчивости мыслей. — При большой пріемлемости для всего внѣшняго и чрезвычайной доступности для болѣе частыхъ, но непродолжительныхъ впечатлѣній, женщины, говоритъ Шпангенбергъ, должны, по необходимости, имѣть болѣе подвижное, нежели глубокое воображеніе, болѣе легкія и переходчивыя, нежели основательныя идеи и слѣдовательно рѣдко обладать способностію дѣлать выводы и умозаключенія, однимъ словомъ, быть такъ глубокомысленными, какъ мущина. Справедливость этаго можетъ быть доказана не только изъ анатомическихъ и психологическихъ наблюденій, но и изъ многихъ фактовъ, заимствованныхъ изъ дѣйствительной жизни. Еще никогда женщины не изобрѣли ничего такого, что требуетъ

глубокаго и напряженнаго размышленія; онѣ даже никогда не принимаютъ и настоящаго интереса въ подобныхъ предметахъ, любятъ только новость и перемѣну и обыкновенно такъ же трудно убѣждаются доказательствами и умозаключеніями, какъ и не любятъ дѣйствовать по постояннымъ правиламъ. На этомъ основывается ихъ непослѣдовательность. Онѣ дѣйствуютъ не по правиламъ, а по чувствамъ; ихъ непрестанно измѣняющіяся чувствованія, даже и минутныя прихоти, заставляютъ часто забывать не только о правилахъ, но и о выгодахъ цѣлой жизни. — Изъ соображенія всѣхъ этихъ фактовъ, къ которымъ можно бы было, безъ сомнѣнія, присовокупить и многія другія, открывается ясно, что познавательная сила несравненно слабѣе у женщины, нежели у мущины. Но и г) другая главная сила души, сила сужденія, несравненно слабѣе у женщинъ, по тѣмъ же причинамъ. Что цѣлесообразно или нецѣлесообразно, обсуживаютъ онѣ такъ же по минутному впечатлѣнію, нимало не заботясь о послѣдствіяхъ. Ихъ сужденіемъ, обыкновенно, болѣе руководствуетъ примѣръ, нежели извѣстныя начала; главное правило у нихъ есть: что дѣлаетъ свѣтъ, то хорошо; что говоритъ онъ, то истинно и qu'en dira-t-on — есть единственный руководитель ихъ поступковъ. Чтобы возвыситься надъ предразсудками обыкновенной жизни, для этаго женщины слиш-

комъ слабы. Отсюда происходитъ то, что онѣ рѣдко самостоятельны и обыкновенно зависятъ отъ мнѣній другихъ. — Если же, съ одной стороны, сила познанія и сужденія несравненно слабѣе у женщинъ, нежели у мущинъ, то съ другой д) третья сила души, сила желанія, у нихъ, напротивъ, гораздо сильнѣе. Чувствованія, склонности, желанія почти непрестанно управляютъ всѣми ихъ дѣйствіями непримѣтно для нихъ самихъ и это есть безспорно самая важнѣйшая и замѣчательнѣйшая черта въ характерѣ женщинъ. Онѣ ощущаютъ, дѣйствительно, болѣе, нежели мыслятъ, и ихъ ощущенія, чувствованія и склонности такъ перепутаны съ ихъ идеями, понятіями и сужденіями, что вся ихъ душевная дѣятельность, какъ бы, сосредочивается въ силѣ ощущенія и чувствованія. Всѣ ихъ мнѣнія зависятъ, поэтому, большею частію, отъ сильныхъ внѣшнихъ впечатлѣній, точно такъ же какъ и дѣйствія, и можно смѣло утверждать, что чувственность вообще есть самая сильная пружина ихъ дѣйствій и склонностей. Отсюда сердечныя движенія и страсти, обыкновенно, гораздо сильнѣе у женщинъ, нежели у мущинъ (238).

Изъ всѣхъ поименованныхъ обстоятельствъ одно только и именно первое и заслуживаетъ, по нашему мнѣнію, вниманіе. Дѣйствительно, если

за преступленіемъ должно слѣдовать извѣстное, тѣлесное страданіе, то для лицъ женскаго пола оно должно быть назначаемо въ меньшей степени, нежели для мущинъ потому, что такъ какъ послѣднія имѣютъ большую тѣлесную крѣпость, то съ ними и нельзя равнять, въ этомъ отношеніи, женщинъ, но и то не всегда, а когда идетъ дѣло о женщинахъ высшаго класса. Женщины же нисшаго класса нерѣдко бываютъ крѣпче самыхъ мущинъ, даже одного съ ними класса. Что же касается до другихъ обстоятельствъ, то онѣ а) не общи всѣмъ женщинамъ. Создавши мужа и жену, Творецъ одарилъ ихъ одинаковою способностію различать между добромъ и зломъ. Если же наши женщины, большею частію, слабоумнѣе, неразсудительнѣе и неумѣреннѣе въ своихъ желаніяхъ, нежели мущины, то въ этомъ виновато воспитаніе, которое мы даемъ имъ и которое, кажется, къ тому только и направляется, чтобы усилить ихъ природную чувствительность, разгорячить воображеніе и пріучить съ самаго малолѣтства ни о чемъ не думать, никогда не разсуждать, еще же менѣе имѣть какія нибудь правила, но всегда, напротивъ, мыслить, судить и поступать, какъ поступаютъ другіе. Слѣд. если оказывается виновною въ преступленіи женщина, которая получила такое воспитаніе, то не полъ долженъ смягчать ея участь, а единственно это

обстоятельство. Но и подобное воспитаніе дается не всѣмъ женщинамъ. Такъ воспитываются, обыкновенно, только для большаго свѣта, слѣд. лица высшихъ классовъ; другія же, которымъ не суждено блистать въ этомъ, такъ называемомъ, большомъ свѣтѣ, нерѣдко получаютъ, хотя и менѣе блистательное, но за то болѣе прочное воспитаніе. Правда, и женщины другихъ классовъ рѣдко пріобрѣтаютъ глубокія и основательныя свѣдѣнія, особенно въ серьёзныхъ наукахъ, но это и ненужно для того, чтобы умѣть оцѣнивать нравственное свойство дѣйствій; для этаго необходимо только не угашать духа, который дается въ руководители каждому человѣку при самомъ рожденіи. Слѣдовательно, и того уже довольно, если все воспитаніе женщины ограничивается тѣмъ, что она, съ самаго малолѣтства, отучается отъ излишней чувствительности, не имѣетъ никакихъ случаевъ распалять свое воображеніе и слышитъ непрестанно изъ устъ матери или и наставниковъ, что должно поступать не такъ, какъ поступаютъ другіе, а какъ требуетъ совѣсть. Но кромѣ того, что вышеупомянутые недостатки не общи всѣмъ женщинамъ и происходятъ не отъ пола, а отъ худаго воспитанія, они не заслуживаютъ вниманія и потому б) что если и принять, что женщина, уже по самому полу, гораздо скорѣе можетъ впасть въ преступленіе, нежели мущина,

то, съ другой стороны, она и гораздо болѣе ограждена отъ него, нежели мущина, своимъ же поломъ. Положимъ, что женщина, уже и независимо отъ воспитанія, чуствительнѣе, слабоумнѣе и неразсудительнѣе мущины, что чуствованія, склонности, желанія и страсти дѣйствуютъ въ ней сильнѣе, но за то она и боязливѣе, скромнѣе и стыдливѣе мущины. Самой кругъ ея дѣйствованія ограниченнѣе, а поводы и случаи къ преступленію менѣе. Еслибы слѣд., во уваженіе вышеупомянутыхъ обстоятельствъ, женщину должно было наказывать легче противъ мущины, то во уваженіе этихъ къ нимъ бы надлежало быть строже. Однѣ обстоятельства уничтожаются другими и потому какъ мущина, такъ и женщина должны быть наказываемы равно.

3. Несовершенная доказанность преступленія (Mangel am Thatbestande).

Не болѣе справедливо поступаютъ и тѣ, которые хотятъ уменьшать наказаніе во уваженіе обстоятельства, что преступленіе несовершенно доказано. Если напр. обвиняемая въ дѣтоубійствѣ признается, что она родила тайно дитя, но вмѣстѣ утверждаетъ, что оно родилось мертвое, то когда изъ врачебнаго осмотра открывается противное, нѣкоторые криминалисты считаютъ,

въ этомъ случаѣ, преступленіе недоказаннымъ вполнѣ и осуждаютъ преступницу, изъ снисхожденія, на меньшее наказаніе. Равнымъ образомъ, когда при вскрытіи трупа не соблюдена какая нибудь формальность, если при обвиненіи въ ядоотравленіи не объяснено совершенно, что именно дано отравленному, то и здѣсь вышеупомянутые писатели не хотятъ ни освобождать отъ наказанія ни подвергать полному наказанію, но назначаютъ его въ меньшей степени. Причины, почему они это дѣлаютъ, заключаются въ слѣдующемъ: а) сумма зла, которая заключается въ наказаніи, назначенномъ за преступленіе въ законѣ, соотвѣтствуетъ суммѣ всѣхъ признаковъ, которые, по закону же, требуются для полнаго состава этаго преступленія; слѣдовательно каждый признакъ въ отдѣльности соотвѣтствуетъ извѣстной части полнаго зла. Теперь, если какого нибудь изъ этихъ признаковъ нѣтъ, то и отъ полнаго или опредѣленнаго въ законѣ наказанія должно быть отбавлено столько, сколько соотвѣтствуетъ въ немъ этому признаку. Въ этой мѣрѣ оно и должно быть, слѣд. уменьшаемо и тѣмъ болѣе, чѣмъ важнѣе недостачествующій признакъ. Такимъ образомъ, если напр. обыкновенное наказаніе вытравленія плода составляетъ восемь лѣтъ тюремнаго заключенія, то изъ нихъ четыре года соотвѣтствуютъ употребленію вытравительнаго средства, два беременности и два

злоумышленности. Если теперь какого нибудь изъ этихъ признаковъ нѣтъ, то та часть обыкновеннаго наказанія и должна быть оставлена, которая соотвѣтствуетъ ему. б) Всякое преступленіе можно считать вполнѣ доказаннымъ только тогда, когда возможенъ судебный осмотръ. Но онъ невозможенъ вездѣ, гдѣ преступленіе не оставляетъ по себѣ слѣдовъ. Поэтому такія преступленія не могутъ подлежать полному наказанію, но и не могутъ быть оставляемы безъ всякаго наказанія, а должны быть наказываемы въ меньшей степени. Полнымъ наказаніемъ онѣ не могутъ быть наказываемы потому, что это было бы слишкомъ жестоко, но и не наказывать ихъ нельзя отъ того, что это было бы опасно. Наконецъ в) случается, что при производствѣ слѣдствія пропускаются нѣкоторыя формальности, предписанныя закономъ подъ страхомъ негодности всего процесса. И въ этихъ случаяхъ нельзя ни совершенно освобождать преступника ни наказывать обыкновеннымъ наказаніемъ, но должно подвергать меньшему наказанію.

Противъ всѣхъ этихъ доказательствъ Миттермайеръ, весьма справедливо, замѣчаетъ слѣдующее: а) ничѣмъ нельзя оправдать того, что, будто бы, каждому признаку преступленія соотвѣтствуетъ извѣстная часть наказанія, назначеннаго

въ законѣ за преступленіе; должно, напротивъ, говорить, что все вообще наказаніе такъ нераздѣльно соотвѣтствуетъ всѣмъ признакамъ преступленія, что если и одного изъ нихъ нѣтъ, то и преступленія вовсе нѣтъ или если есть, то не то, а другое. Несправедливо, поэтому, разсѣкать наказаніе на различныя части. Если вытравленіе плода наказывается осьмилѣтнимъ заключеніемъ въ смирительномъ домѣ, то нельзя говорить, что четыре года соотвѣтствуютъ употребленію вытравительнаго средства, два беременности и два злонамѣренности. Всѣ три признака должны существовать непремѣнно, если должно быть назначено осьмилѣтнее заключеніе. Когда же существуетъ беременность и злонамѣренность, но нѣтъ вытравительнаго средства, то нельзя назначать совершенно никакого наказанія, слѣдовательно и четырехълѣтняго или если вытравительное средство дано, но беременности нѣтъ (?), то нѣтъ и преступленія. б) Теорія, которая считаетъ необходимымъ для полнаго доказательства преступленія судебный осмотръ, а не довольствуется, въ delictis facti transeuntis, признаніемъ и свидѣтельскими показаніями, несправедлива; наказаніе же преступленія, которое считается недоказаннымъ, потому только, что не наказать его было бы опасно, основывается на самомъ вредномъ смѣшеніи чисто юридическаго взгляда съ полицейскимъ, вслѣдствіе ко-

шораго вышеупомянушые писашели не понимаюшъ, чшо шого, кшо не обличенъ совершенно въ преступленіи, можно, правда, какъ человѣка опаснаго, ошдавашь подъ надзоръ полиціи, но не наказывашь. Наконецъ в) несправедливъ и выводъ изъ несоблюденія формальносшей Если всѣ признаки пресшупленія обнаружены совершенно, но въ слѣдсшвіи не соблюдена какая нибудь формальносшь, шо все зависишъ здѣсь ошъ шого, какое вліяніе имѣешъ эшо обсшояшельсшво на все дѣло. Если ошъ эшаго дѣло не сшановишся сомнишельнымъ или эша погрѣшносшь можешъ бышь исправлена, шо совершенно нѣшъ никакой причины счишашь пресшупленіе недоказаннымъ и не назначашь обыкновеннаго наказанія. Если же, напрошивъ, не выполнено шакое предписаніе, кошораго уже нельзя выполнишь, безъ кошораго, однакожъ, не можешъ бышь несомнѣнносши или кошорое законъ признаешъ сущесшвеннымъ; шо за пресшупленіемъ должно слѣдовашь не меньшее наказаніе, а очисшишельный приговоръ (239). Непоняшно, какъ могли говоришь, въ подобныхъ случаяхъ, объ уменьшеніи наказанія даже самые глубокомысленные писашели, какъ напр. Фейербахъ (240), но и еще непоняшнѣе, какъ ихъ мнѣніе могло получишь право гражданства и въ нѣкошорыхъ изъ новѣйшихъ законодашельсшвъ, напр. въ Баварскомъ (241).

4. Маловажная выгода отъ преступленія.

Можетъ ли быть принимаемо въ расчетъ и то обстоятельство, что преступникъ получаетъ меньшую выгоду отъ преступленія, нежели бы какую можно было получить? спрашиваетъ Клейншродъ и отвѣчаетъ отрицательно. Если воръ, за покраденныя имъ вещи, не получаетъ и половины того, что думалъ получить, то неужели его должно наказать менѣе? Или когда убійца, вмѣсто большой суммы денегъ, предполагаемой имъ у убитаго, находитъ бездѣлицу, то неужели его должно помиловать? Вообще, обстоятельство, какую выгоду получаетъ преступникъ отъ преступленія, большую или малую, никогда не можетъ имѣть вліянія на наказаніе (242).

5. Но должно ли уменьшать наказаніе и тогда, когда преступленіе имѣетъ выгодное послѣдствіе для Государства?

Нѣкто ведетъ корресподенцію съ непріятелемъ, чтобы передать ему крѣпость, договаривается о днѣ и часѣ передачи, но дѣло рѣшается пораженіемъ непріятеля. Или: убиваютъ человѣка, но открывается, что онъ самъ хотѣлъ совершить еще тягчайшее преступленіе, напр. государственную измѣну. Благопріятное послѣдствіе

не должно ли служить основаніемъ къ уменьшенію наказанія въ обоихъ этихъ и другихъ подобныхъ случаяхъ? Очевидно нѣтъ и не только тогда, когда благопріятное послѣдствіе возникло изъ преступленія совершенно неожиданно и для самого преступника, но и тогда, когда онъ именно съ тѣмъ и предпринялъ преступленіе. Благопріятное послѣдствіе, которое возникаетъ изъ преступленія неожиданно, совершенно случайно и потому ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть полезно преступнику, который хотѣлъ сдѣлать вредъ, а не пользу. Но и если бы преступникъ съ тѣмъ и предпринялъ преступленіе, чтобы произвесть чрезъ него какое нибудь благопріятное послѣдствіе, то и это не можетъ служить ему ни въ какое извиненіе. Цѣль не можетъ оправдывать средствъ. Виновный въ преступленіи зналъ, что его дѣйствіе преступно, что онъ, ни въ какомъ случаѣ, не долженъ совершать его и что благопріятное послѣдствіе можетъ и возникнуть и не возникнуть изъ него. Хочетъ онъ быть полезнымъ Государству, то пусть приноситъ ему пользу непротивозаконными дѣйствіями (243).

### 6. Истеченіе половины давности.

Если проходитъ совершенно законная давность, то преступникъ, котораго преступленіе

до истеченія ея не дѣлается гласнымъ, уже освобождается отъ всякаго наказанія, хотя бы оно послѣ и открылось. Предполагая, что давность основывается на послѣдовавшемъ исправленіи преступника, которое доказано продолжительною доброю жизнію, нѣкоторые криминалисты выводятъ отсюда, что истеченіе половины давности должно служить къ уменьшенію наказанія потому, что если полная давность предполагаетъ полное исправленіе, то изъ половинной должно заключать къ половинному исправленію (244). Съ этимъ разсужденіемъ можно бы было согласиться, если бы давность, дѣйствительно, основывалась на предполагаемомъ исправленіи преступника, что однакожъ, требуетъ еще доказательствъ. — Но, и не говоря уже о томъ, что давность основывается не на предполагаемомъ исправленіи преступника, Правительства, признавши, что и половина давности должна имѣть вліяніе на наказаніе, должны бы были, послѣдовательно, признать и то, что и четверть и полчетверти и т. д. давности должны быть принимаемы во уваженіе. Но гдѣ бы были предѣлы этому снисхожденію? И чѣмъ бы оно выкупалось? Если одна полная давность избавляетъ отъ заслуженнаго наказанія, то десять или болѣе лѣтъ постояннаго страха быть открытымъ и наказаннымъ, а слѣд. и обезчесченнымъ, достаточно, кажется, искупаютъ это сни-

схожденіе, особенно, если преступникъ, въ теченіи всего этаго времени, старался загладить свой проступокъ постоянно доброю жизнію. Впрочемъ, если бы до истеченія полнаго срока давности оставалось слишкомъ немного, то можно, кажется, и отступать отъ буквальной строгости закона.

7. Наконецъ последнее обстоятельство, о которомъ остается упомянуть, есть вредное вліяніе наказанія на другихъ.

Едва ли есть какое нибудь наказаніе, которое бы вредило одному преступнику, не касаясь вмѣстѣ и невинныхъ. — Если наказываемый имѣетъ семейство, то почти невозможно, чтобы и оно не терпѣло вмѣстѣ съ нимъ. Поэтому, если бы наказаніе, дѣйствительно, не должно было, ни въ какомъ отношеніи, вредить и третьимъ, то почти вовсе нельзя бы было наказывать. Это обстоятельство не можетъ быть, слѣд. основаніемъ и къ уменьшенію наказанія. Судья долженъ приговаривать къ наказанію и не заботиться о его послѣдствіяхъ. Впрочемъ, если бы ему предоставлено было выбирать между многими наказаніями, то справедливость требуетъ, какъ увидимъ ниже, чтобы онъ назначалъ такое, которое наименѣе вредитъ невиннымъ.

Тоже самое должно сказать и о томъ обстоятельствѣ, когда преступникъ имѣетъ много дѣтей. И здѣсь судья не долженъ отступать отъ общаго правила, сколько бы ни было дѣтей у преступника потому, что отъ этаго онъ не становится менѣе виновнымъ (245).

V. Въ вышеприведенныхъ случаяхъ, обыкновенное наказаніе, положенное въ законѣ за преступленіе, измѣняется, большею частію, потому, что измѣняется степень виновности преступника. Но иногда, оно не можетъ быть приводимо въ исполненіе и по такимъ причинамъ, которыя, хотя и нисколько не измѣняютъ степени виновности, дѣлаютъ, однакожъ, необходимымъ отступленіе отъ закона. Отступленіе это и здѣсь есть такъ же двоякое и состоитъ въ томъ, что законноопредѣленное наказаніе или замѣняется другимъ, одинаково тяжкимъ или и вовсе оставляется.

Замѣнять законноопредѣленное наказаніе другимъ судья имѣетъ право и обязанность въ слѣдующихъ случаяхъ:

1. Когда исполненіе законноопредѣленнаго наказанія физически невозможно.

Часто преступникъ не имѣетъ того блага, котораго бы его должно было лишить, если бы

выполнить надъ нимъ законноопредѣленное наказаніе. Необходимость замѣнять это наказаніе, въ подобныхъ случаяхъ, другимъ очевидна. Кто, поэтому, не имѣетъ никакого имущества, изъ котораго бы ему можно было заплатить назначенный въ законѣ за преступленіе денежный штрафъ, тотъ долженъ, вмѣсто этаго, расплачиваться за него своею спиною или свободою. Иначе бы неимущество было законною причиною къ совершенію преступленій. Согласно съ этимъ большая часть новѣйшихъ законодательствъ, и дѣйствительно, предписываетъ, въ этомъ случаѣ, подвергать преступника, вмѣсто денежнаго штрафа, соразмѣрному лишенію свободы (245).

2. Но будучи физически возможно, законноопредѣленное наказаніе можетъ быть иногда нравственно невозможно.

Подъ именемъ нравственной невозможности мы разумѣемъ тотъ случай, когда преступникъ, если бы надъ нимъ выполнить законноопредѣленное наказаніе, былъ бы наказанъ, вслѣдствіе особенныхъ личныхъ обстоятельствъ, жесточаѣ, нежели какъ хочетъ Законодатель. И въ этомъ случаѣ должно быть назначаемо другое наказаніе. Слѣдовательно, если бы тѣлесное наказаніе на пр. не могло быть выполнено надъ преступникомъ, безъ сокращенія

его жизни или и безъ повреждения здоровья потому, что онъ или слабъ здоровьемъ или находится въ преклонныхъ лѣтахъ, то оно не должно быть приводимо въ исполненіе, хотя бы и было опредѣлено въ законѣ, но вмѣсто его должно быть избрано другое. Тоже самое должно сказать и о лишеніи свободы, съ которымъ соединены изнурительныя работы, которыхъ преступникъ, по слабости тѣлесныхъ силъ, не въ состояніи вынести, равно и о денежныхъ штрафахъ, которые бы, по небогатству преступника, могли равняться общей конфискаціи имущества. — Но должно ли сюда же относить и состояніе преступника, а такъ же и тѣ случаи, гдѣ отъ исполненія законноопредѣленнаго наказанія могли бы потерпѣть и невинные, на пр. многочисленное семейство преступника или и само Государство, когда преступникъ имѣетъ какой нибудь талантъ, особенно полезный для Государства? — На этотъ вопросъ криминалисты отвѣчаютъ, большею частію, отрицательно. — Состояніе преступника, говоритъ Генке, не должно никогда быть поводомъ къ перемѣнѣ наказанія потому, что и его принимать въ соображеніе судья имѣетъ право только тогда, когда Законодатель самъ уполномочиваетъ его на это. Такъ же мало онъ можетъ дѣлать это и тогда, когда отъ исполненія законнаго наказанія могли бы потерпѣть и невинные, на пр. семейство преступника или и само Государст-

во и т. д. потому, что, какъ бы ни цѣлесообразно было то, если бы, во вниманіи къ чрезвычайному разнообразію субъективныхъ отношеній, которыхъ Законодатель не можетъ предвидѣть напередъ, законодательство назначало, для каждаго преступленія, не одно, но многія, соподчиненныя другъ другу наказанія, между которыми бы судья могъ избирать наиболѣе приличное данному случаю; все, однакожъ, неприличіе его не можетъ давать права судьѣ отступать отъ предписанія закона и тогда, когда онъ назначаетъ одно только наказаніе за преступленіе (246). — Съ этимъ разсужденіемъ мудрено согласиться отъ того, что причина, которую приводитъ Генке, годится и для всѣхъ случаевъ, слѣдовательно все равно, что ничего не доказываетъ. И во всѣхъ другихъ случаяхъ судья развѣ имѣетъ право отступать отъ закона, если на это не уполномочиваетъ его самъ законъ? Подъ этимъ только условіемъ ему и можетъ принадлежать вообще право замѣнять одно наказаніе другимъ. Гдѣ же онъ не имѣетъ этаго полномочія, тамъ и право замѣна можетъ принадлежать одному Законодателю, къ которому и должно, всякой разъ, обращаться въ подобныхъ случаяхъ. — Но можетъ ли и самъ Законодатель дозволить замѣнять законноопредѣленное наказаніе другимъ по этимъ причинамъ? — Мы не видимъ никакого препятствія, только бы это другое нака-

заніе не было легче перваго. Въ этомъ случаѣ было бы даже и жестоко и безразсудно не измѣнить его.

3. Совсѣмъ другое, напротивъ, должно сказать о томъ случаѣ, когда наказаніе не представляется преступнику зломъ.

И въ этомъ случаѣ криминалисты хотятъ, большею частію, замѣнять законноопредѣленное наказаніе другимъ. — Наказаніе, говоритъ Фейербахъ, должно заключать въ исполненіи дѣйствительное зло для преступника. Отсюда слѣдуетъ, что зло, котораго преступникъ желаетъ, какъ блага, не можетъ быть назначаемо ему, безъ явнаго противорѣчія намѣренію закона (247). Но Оерстедъ идетъ и еще далѣе. Онъ считаетъ, что наказаніе должно всегда перемѣнять, если изъ всего образа мыслей преступника, изъ его жизни или и изъ другихъ обстоятельствъ открывается, что оно не было бы для него зломъ (248). Противъ этаго мнѣнія другіе криминалисты весьма справедливо замѣчаютъ слѣдующее:

а). Оно основывается на совершенно ложномъ началѣ. Наказаніе есть зло, но зло вообще, само въ себѣ, по своему внутреннему свойству, потому, что слѣдуетъ за дѣйствіемъ, которое противозаконно и отъ этаго навлекаетъ на его

виновника негодованіе согражданъ, Правительства, и если его совѣсть рано или поздо пробуждается, и собственные упреки; оно есть зло потому, что всегда заключаетъ въ себѣ извѣстное лишеніе, извѣстное физическое страданіе. — Въ этомъ смыслѣ наказаніе есть, дѣйствительно, всегда зло. Но необходимо ли, чтобы и самъ преступникъ всегда видѣлъ въ немъ зло? — Субъективное понятіе о добрѣ и злѣ не есть отрѣшенное и необходимое, но случайное и относительное и измѣняется по различію обстоятельствъ, въ которыхъ находится человѣкъ. Поэтому, чего одинъ человѣкъ желаетъ, какъ высочайшаго блага, того не всегда необходимо желаетъ и другой. Даже и одинъ и тотъ же человѣкъ можетъ иногда считать то зломъ, чего прежде желалъ, какъ добра, и наоборотъ. Мы необходимо, слѣдовательно, впали бы въ величайшія, неразрѣшимыя противорѣчія, если бы, вмѣстѣ съ Оерстедомъ, признали, что всегда, когда законноопредѣленное наказаніе не представляется преступнику зломъ, его должно замѣнять другимъ. Есть люди, которые такъ нечувствительны ко всякому физическому страданію, особенно, если оно непродолжительно, какъ напр. тѣлесное наказаніе, что вовсе не считаютъ его зломъ. Этихъ людей нельзя бы было, слѣд. подвергать никакому наказанію? Равнымъ образомъ есть и такіе люди, которые, гонимые собствен-

ною совѣстію, сами предаютъ себя въ руки правосудія и требуютъ наказанія, какъ благодѣянія, которое должно примирить ихъ съ Государствомъ, другими и собственною совѣстію. Эти люди, обыкновенно, съ радостію подвергаются всякому наказанію и слѣд. всякое считаютъ не зломъ, а благодѣяніемъ. Поэтому, какое бы наказаніе не избиралъ для нихъ судья, но ему все не удалось бы сдѣлать имъ зло. Послѣдовательно подобныхъ людей надлежало бы, слѣд. такъ же не подвергать никакому наказанію? Но этаго мало. — По словамъ Фейербаха наказаніе должно быть зломъ для преступника въ исполненіи. Слѣдовательно если бы при исполненіи оказалось, что наказаніе, которое прежде представлялось преступнику зломъ, теперь потеряло это свойство въ глазахъ его, то и сго должно бы было замѣнять другимъ? Подобно какъ легко можетъ случиться, что тотъ самый преступникъ, которому, въ моментъ совершенія преступленія, наказаніе вовсе не представлялось зломъ, послѣ, когда, дѣйствительно, дойдетъ дѣло до наказанія, будетъ смотрѣть на него совсѣмъ другими глазами, такъ и наоборотъ, очень возможно и даже желательно, чтобы тотъ, кто прежде видѣлъ въ наказаніи только зло, при исполненіи его тотчасъ убѣдился въ томъ, что оно есть вмѣстѣ и добро, нравственное благодѣяніе и средство врачеванія, которое,

потому, онъ и долженъ переносить съ покорностію. Подобное настроеніе духа можно производить посредствомъ наставленія, вразумленія и примѣра въ хорошо устроенныхъ тюремныхъ заведеніяхъ, хотя оно, къ несчастію, и слишкомъ рѣдко; оно есть главный предметъ попеченія для частныхъ обществъ, въ особенности по отношенію къ молодымъ преступникамъ, — въ Англіи, Франціи, Пруссіи и въ другихъ земляхъ; но и само Государство обязано заботиться объ немъ потому, что исправленіе преступника, хотя и не есть ни основаніе, ни даже исключительная цѣль наказанія, (которое вообще не можетъ имѣть никакой исключительной цѣли), всегда должно быть, однакожъ, принимаемо въ соображеніе, какъ одно изъ самыхъ благодѣтельныхъ послѣдствій его, къ которому содѣйствовать нравственное и христіанское Государство, всѣми зависящими отъ него средствами, и можетъ и должно. Но можетъ ли быть признано исправленіе преступника за что нибудь хорошее и достожелательное тѣми, которые требуютъ, чтобы наказаніе, и въ самомъ исполненіи, было всегда зломъ для преступника? Напротивъ, они должны непремѣнно требовать, чтобы въ тѣхъ случаяхъ, когда оказывается, что арестантъ съ радостію исполняетъ возлагаемыя на него работы, признается, что порядокъ и регулярная жизнь, которыхъ онъ, къ несчастію, никогда не зналъ, теперь нра-

вятся ему, что его положеніе въ тюремномъ заведеніи несравненно лучше и сноснѣе, нежели прежнее, когда онъ былъ на свободѣ, — это наказаніе было замѣнено другимъ, которое бы сдѣлало положеніе преступника мучительнымъ и нестерпимымъ. Правда, высказать подобное требованіе нелегко потому, что, въ этомъ случаѣ, долженъ быть отмѣненъ уже вошедшій въ силу приговоръ и вмѣсто его данъ новый, который бы осуждалъ преступника на дѣйствительное страданіе. Но это обстоятельство уже не можетъ остановить тѣхъ, которые хотятъ, чтобы наказаніе и въ исполненіи было непремѣнно не добромъ, но дѣйствительнымъ зломъ для преступника. Поэтому нѣкоторые изъ нихъ, и дѣйствительно, считаютъ позволительнымъ измѣнять наказаніе и по постановленіи приговора. Даже и въ томъ случаѣ, который не допускаетъ исправленія, посредствомъ наказанія, когда напр. законъ требуетъ уничтоженія преступника, надлежало бы, держась этаго мнѣнія, замѣнять смертную казнь другимъ наказаніемъ, если бы сдѣлалось извѣстнымъ, что несчастный осужденный раскаявается въ своемъ поступкѣ и съ нетерпѣніемъ ожидаетъ смертной казни, которой не страшится, но желаетъ, какъ благодѣянія? Но такого расположенія духа не должно ли, напротивъ, желать и даже, съ помощію Церкви, способствовать къ нему, чтобы, не безъ

справедливости, исполнять смертные приговоры? Отъ этаго именно и происходитъ то, что, во всѣхъ Государствахъ, совершенно наоборотъ, исполненіе смертной казни обыкновенно отлагается, когда совершенный недостатокъ въ религіозныхъ понятіяхъ и нравственная одичалость необходимо требуютъ лучшаго приготовленія для перехода въ другую жизнь, которое, хотя и не всегда удается, никогда, однакожъ, не должно быть пренебрегаемо потому, что Государство можетъ и хочетъ губить только тѣло, а не душу. — Такимъ образомъ, если мы не хотимъ дойти не только до противорѣчій, но и до явной несправедливости, то никакъ не должны принимать того, что наказаніе, и въ самомъ представленіи преступника, всегда должно быть дѣйствительнымъ зломъ (249).

Но и кромѣ того б) это мнѣніе не можетъ быть оправдано даже и по началамъ теоріи устрашенія. — Наказаніе, говорятъ защитники этой теоріи, должно, уже и въ самомъ представленіи, быть зломъ для подданныхъ или, что тоже, имѣть устрашающую силу. Но всякое нарушеніе закона не показываетъ ли, что оно не всегда непремѣнно имѣетъ эту силу? Слѣдовательно, если наказаніе и имѣетъ вообще устрашающую силу, то Законодатель все не можетъ воспрепятствовать, что-

бы оно иногда и не имѣло этой силы. — Столь же мало зависитъ отъ него и то, чтобы оно и въ исполненіи всегда устрашало. Отъ чего же, иначе, преступленія повторяются? И въ этомъ случаѣ зло, хотя оно, можетъ быть, даже и представлялось такимъ преступнику, при самомъ исполненіи не имѣетъ той силы, какую бы оно должно было имѣть по намѣренію Законодателя. Но и не въ его власти состоитъ воспрепятствовать этому потому, что для этаго было бы необходимо всякаго преступника заключить на всю жизнь въ оковы. — Задача, которую задаетъ себѣ Государство или другіе ему, сдѣлать преступленіе невозможнымъ, можетъ быть, поэтому, рѣшена имъ только отчасти. Отсюда и происходитъ то, что зло, которымъ оно угрожаетъ, даже въ исполненіи или вовсе не представляется зломъ или если и представляется, то не такимъ, какъ его представляетъ себѣ Законодатель и вообще всѣ. Кто же виноватъ въ этомъ? Конечно не преступникъ, который, по словамъ самихъ же послѣдователей теоріи устрашенія, можетъ повиноваться закону только тогда, когда наказаніе, которымъ онъ угрожаетъ за преступленіе, представляется ему не только зломъ вообще, но и даже и большимъ зломъ въ сравненіи съ тѣмъ благомъ, котораго онъ хочетъ достигнуть посредствомъ преступленія, — но самъ Законодатель, который не расчислилъ на-

казанія на всѣ возможные случаи. Въ подобныхъ случаяхъ должно, поэтому, только жалѣть, что законодательство не предусмотрѣло ихъ и потому ошиблось въ выборѣ средствъ, но не замѣнять наказаніе другимъ. Даже скорѣе можно утверждать, что, по теоріи устрашенія, не только въ этихъ, но и во всѣхъ другихъ случаяхъ вовсе нѣтъ никакого основанія къ наказанію. — Законъ уголовный, говоритъ Фейербахъ, данъ для устрашенія. Слѣдовательно на случай, гдѣ устрашеніе невозможно и невѣроятно, онъ немогъ быть данъ. Но всякое преступленіе не доказываетъ ли, что устрашеніе, въ этомъ случаѣ, было невозможно? Иначе бы преступленіе и не было совершено. За что же, спрашивается, наказывать преступника? Отъ этаго и самъ Фейербахъ считаетъ исполненіе наказанія только потому необходимымъ, что безъ этаго законъ, который угрожаетъ наказаніемъ, не имѣлъ бы никакого значенія. Но если это такъ, то онъ имѣетъ право и приводить въ исполненіе только то наказаніе, которымъ законъ угрожаетъ, а не другое какое нибудь. Другое наказаніе было бы только доказательствомъ безсилія нарушеннаго закона, а не возстановило бы должнаго уваженія къ нему. Притомъ, оно было бы и совершенно произвольно. — По словамъ опять самаго же Фейербаха, единственное основаніе гражданскаго наказанія заключается въ томъ, что Законодатель, уже на-

передъ, угрожалъ имъ. Не подлежитъ никакому спору, говоритъ онъ, что я имѣю право произвольно условливать всякое дѣйствіе, на которое, по отношенію ко мнѣ, другой не имѣетъ никакого права, т. е. назначить, по моему усмотрѣнію, что нибудь, безъ чего оно не можетъ быть совершено. Это мое право состоитъ въ моемъ полномъ распоряженіи и все, что принадлежитъ къ его сферѣ, есть моя собственность. Если теперь я, дѣйствительно, сдѣлалъ такое условіе, то другой непремѣнно обязанъ подвергнуться ему. — Если Законодатель соединяетъ съ извѣстнымъ дѣйствіемъ наказаніе, то онъ такъ же только условливаетъ это дѣйствіе этимъ наказаніемъ, соединяетъ его съ нимъ, какъ необходимое послѣдствіе и такимъ образомъ объявляетъ, что дѣйствіе не можетъ быть совершено безъ того, чтобы преступникъ не потерпѣлъ за него этаго наказанія. Онъ объявляетъ это гражданамъ, какъ возможнымъ преступникамъ, чтобы устрашить ихъ отъ этаго дѣйствія, а вмѣстѣ объявляетъ это же самое и государственнымъ чиновникамъ, на которыхъ возложено исполненіе закона, когда представляется къ тому случай. Отсюда открывается сама собою обязанность преступника подвергаться этому наказанію, равно какъ, съ другой стороны, право Государства выполнять его надъ нимъ (250). — Но только это наказаніе и можетъ

и должно быть выполняемо надъ преступникомъ; другаго ни онъ не обязанъ переносить, ни Государство не имѣетъ права налагать потому, что только то наказаніе, какъ уже напередъ извѣстное, и входитъ въ расчетъ преступника, когда онъ сравниваетъ, рѣшаясь на преступленіе, выгоды преступленія съ невыгодами наказанія. Поэтому, чтобы одно наказаніе могло быть замѣнено другимъ, по теоріи устрашенія необходимо, чтобы объ этомъ замѣнѣ сказано было, уже напередъ, въ самомъ законѣ, съ точнымъ опредѣленіемъ, какъ случаевъ, такъ и рода замѣна. Иначе бы не только судья, но и Законодатель дѣйствовалъ совершенно произвольно. Если, слѣдовательно, нѣкоторые изъ послѣдователей Фейербаха утверждаютъ, не смотря на вышесказанное, что какъ Законодатель, такъ и судья, въ случаѣ явной недостаточности законнаго наказанія, могутъ всегда назначать не только просто другое, но и даже тягчайшее наказаніе, то они явно погрѣшаютъ и противъ началъ той теоріи, которую признаютъ за единую истинную, и кромѣ того сбиваются на другую теорію, которую сами же порицаютъ, на теорію матеріальнаго возмездія, отъ того, что, требуя перемѣны наказанія, которое не представляется преступнику зломъ, они хотятъ его наказывать для того, чтобы причинить ему чувствительную

боль. Это есть месть, которая частнаго человѣка унижаетъ, а Государству дѣлаетъ безчестіе. — Впрочемъ, это мнѣніе согласно и съ началами теоріи предупрежденія и исправленія. Чтобы преступника можно было устрашить отъ преступленій на будущее время или и исправить юридически, необходимо, чтобы наказаніе не было для него добромъ, но казалось дѣйствительнымъ зломъ. Иначе ни та ни другая цѣль не будетъ достигнута (257).

Наконецъ в) писатели, которые держатся опровергаемаго нами мнѣнія, имѣютъ при этомъ въ виду, въ особенности, слѣдующіе случаи: a) когда кто, наскучивши жизнію, но не имѣя смѣлости самъ наложить на себя руки, убиваетъ другаго, чтобы за это быть осуждену на смертную казнь, разумѣется тамъ, гдѣ она положена за смертоубійство, и b) когда кѣмъ нибудь совершается преступленіе, за которое назначено въ законахъ лишеніе свободы, именно съ тѣмъ намѣреніемъ, чтобы найти себѣ безбѣдное содержаніе и пріютъ въ какомъ нибудь тюремномъ или исправительномъ заведеніи. Въ обоихъ этихъ случаяхъ наказаніе есть не только не зло, но и благодѣяніе и вмѣстѣ единственное основаніе и цѣль преступленія. Но кромѣ ихъ возможны и другіе подобные. Напр. нѣкто, наскучивши жизнію на родинѣ, же-

лаетъ, чтобы его сослали въ колонію преступниковъ и для этаго только и совершаетъ преступленіе, или рекрутъ, которому не нравится его служба, чтобы избавиться отъ нее, совершаетъ дѣйствіе, за которымъ должно слѣдовать исключеніе изъ службы. — Ссылка въ колонію преступниковъ есть зло, но съ другой стороны оно есть и добро и для Государства и для преступника. Государство избавляется посредствомъ ея отъ худаго члена, а преступникъ, въ удаленіи отъ свидѣтелей его преступленія, имѣетъ время и возможность исправиться и сдѣлаться снова полезнымъ членомъ Государства. Если теперь кто, по особеннымъ обстоятельствамъ, такъ высоко цѣнитъ выгоды ссылки, что, дабы быть сосланнымъ, совершаетъ преступленіе, то должно ли, поэтому, не ссылать его, а подвергнуть другому наказанію, когда уже и самый этотъ поступокъ ясно показываетъ, что онъ болѣе, нежели кто другой, имѣетъ нужду въ исправленіи, что именно здѣсь цѣль ссылки и можетъ быть достигнута? Должны ли быть пренебрежены выгоды самаго Государства, которымъ, главнымъ образомъ, и обязанъ своимъ происхожденіемъ этотъ родъ наказанія потому, что преступникъ не видитъ въ немъ зла? — Исключеніе изъ военной службы за преступленіе есть безчестное наказаніе; но если кто не считаетъ его такимъ, напротивъ пользуется имъ, какъ средствомъ осво-

бодиться отъ военной службы, то, дабы онъ обманулся въ своемъ расчетѣ, неужели должно оставить его въ службѣ? — Правда, подобные случаи слишкомъ рѣдки потому, что кто еще не совсѣмъ испорченъ, тому наказаніе уже и отъ того только не можетъ не представляться зломъ, что оно есть послѣдствіе преступленія, на которое рѣдко кто можетъ рѣшиться только для того, чтобы подвергнуться этому послѣдствію. Кто ждетъ смерти, какъ благодѣянія, не желаетъ, однакожъ, смерти злодѣя, которая должна предать вѣчному посрамленію его память; бѣднякъ скорѣе сгибается подъ своею ношею, нежели склоняется на то, чтобы, въ сообществѣ съ мерзавцемъ, вести, можетъ быть, болѣе сносную жизнь! — Однакожъ и противные случаи не совсѣмъ невозможны. Человѣкъ и такъ далеко можетъ уклониться отъ прямаго пути, что, и не смотря на позоръ, который, обыкновенно, неотдѣленъ отъ наказанія, можетъ желать его, какъ благодѣянія. Какъ же должно поступать въ этихъ случаяхъ? — Нельзя не согласиться, что они самые щекотливые изъ всѣхъ, а потому и болѣе всѣхъ другихъ говорятъ въ пользу отступленія отъ общаго правила. — Если наказанія человѣкъ не убѣгаетъ, но ищетъ, какъ блага, то какой пользы можно ожидать отъ него? Не цѣлесообразнѣе ли, напротивъ, предоставить, здѣсь, судьѣ право восполнять недостатки законо-

дательства, которое бы и само уже должно было позаботиться о подобныхъ случаяхъ, чтобы всякой зналъ, что онъ не достигнетъ своей цѣли, но потерпитъ въ наказаніи непремѣнно такое зло, котораго боится? — Это обыкновенный языкъ послѣдователей относительныхъ теорій. Но и тогда, когда наказаніе не представляется преступнику добромъ, всегда ли оно имѣетъ тѣ послѣдствія, которыхъ они ожидаютъ отъ него? Притомъ такой замѣнъ одного наказанія другимъ всегда ли и возможенъ и даже не противенъ ли и намѣренію самаго Законодателя? Возьмемъ, для примѣра, первый и самый важнѣйшій случай. Если законъ изрекаетъ, что нѣкоторыя, особенно тяжкія и опасныя преступленія должны быть наказываемы смертію, какъ напр. смертоубійство, то чѣмъ замѣнить это наказаніе, которое не имѣетъ никакого эквивалента, когда смертоубійство именно для того и совершается, чтобы погибнуть позорною смертію? Самъ Законодатель не долженъ ли бы былъ запретить, въ этомъ случаѣ, всякую перемѣну въ наказаніи, какъ совершенно противную его намѣренію? Если законодатель предписываетъ за смертоубійство казнить смертію, то онъ хочетъ этимъ не подвергнуть смертоубійцу мучительному страданію, но уничтожить его. Обстоятельство, поэтому, боится ли преступникъ смерти или желаетъ ея, — теперь, когда она долж-

на быть исполнена или уже и прежде, при самомъ совершеніи преступленія, — здѣсь не можетъ быть принимаемо ни въ какой расчетъ, гдѣ законъ изрекаетъ лишеніе жизни, какъ послѣднее, печальное, но по временнымъ и мѣстнымъ понятіямъ необходимое послѣдствіе преступленія. Даже можно сказать, что, когда преступникъ не страшится смертной казни, но именно для нее и совершаетъ достойное смерти преступленіе, его уничтоженіе еще болѣе необходимо, нежели въ другихъ, обыкновенныхъ случаяхъ потому, что только глубоко развращенный человѣкъ можетъ рѣшиться на такой гнусный поступокъ. Итакъ пусть онъ терпитъ смертную казнь, которую вполнѣ заслужилъ (258)!

Такимъ образомъ, по нашему мнѣнію, законно-опредѣленное наказаніе можетъ быть замѣняемо другимъ только въ двухъ случаяхъ, вопервыхъ въ случаѣ физической и вовторыхъ въ случаѣ нравственной невозможности его исполненія. — Съ нашимъ мнѣніемъ согласны и новѣйшія иностранныя законодательства, которыя, именно только въ этихъ двухъ случаяхъ, и позволяютъ замѣнять законно-опредѣленное наказаніе другимъ, одинаково тяжкимъ, за исключеніемъ, однакожъ, Прусскаго законодательства, которое предоставляетъ это право судьѣ и въ тѣхъ случаяхъ, когда преступникъ со-

вершаетъ достойное смерти дѣло изъ ненависти къ жизни. Пожизненное лишеніе свободы есть, въ этомъ случаѣ, обыкновенный суррогатъ смертной казни (253).

Отъ случаевъ, въ которыхъ законноопредѣленное наказаніе замѣняется другимъ, должно различать тѣ, въ которыхъ оно оставляется совершенно. Сюда относятся:

1. Смерть преступника.

По смерти преступника наказаніе дѣлается невозможнымъ. Только денежные штрафы могутъ быть взимаемы изъ оставшагося имущества покойника, но и то тогда единственно, когда приговоръ о нихъ состоялся или слѣдствіе было окончено при его жизни. Въ противномъ случаѣ, въ чемъ бы ни состояло преступленіе покойника, оно уже не можетъ подлежать суду человѣческому. По смерти человѣкъ дѣлается гражданиномъ другаго міра, въ которомъ и начинается для него другой судъ и другая отвѣтственность. Можно, впрочемъ, отказать умершему преступнику въ честномъ погребеніи, на которое могутъ имѣть право только тѣ, которыхъ доброе имя не запятнано ничѣмъ; но во всякомъ случаѣ нелѣпо исполнять наказаніе надъ трупомъ, какъ то дѣлалось прежде. По-

добное наказаніе слишкомъ возмутительно для нравственнаго чуства. Государство, которое бы рѣшилось употреблять его, унизилось бы до самой гнусной и безмысленной мести и стало на-ряду съ дѣтьми и животными, которыя насыщаютъ свой гнѣвъ и надъ бездушными предметами. Единственная цѣль, которую бы можно было имѣть при этомъ наказаніи, есть устрашеніе. Но достигается ли и эта цѣль? Большая часть людей не имѣетъ столь тонкаго чуства чести, чтобы ихъ можно было удержать отъ преступленій страхомъ неминуемаго позора и наказанія и по смерти. Правда, почти всякой человѣкъ дорожитъ честію, пока живетъ, и вступается горячо за всякое, даже малѣйшее оскорбленіе ея; но въ тоже самое время большая часть людей нимало не заботится о томъ, что будутъ дѣлать съ ихъ трупомъ, когда они умрутъ. Страсти и стремленіе къ ихъ удовлетворенію, большею частію, такъ сильно дѣйствуютъ въ человѣкѣ, что не оставляютъ ему времени даже и подумать о томъ, что будетъ съ нимъ по смерти. Хотя бы, поэтому, законъ и угрожалъ казнію и мертвымъ, то это едва ли бы могло удержать отъ преступленій большую часть людей. Только бы удовлетворить мнѣ ту или другую, страсть, получить тотъ или другой прибытокъ; думаетъ большая часть преступниковъ, а то, что мнѣ за дѣло до того, какъ поступятъ съ моимъ

трупомъ, когда я умру. Самыя тяжкія и жестокія казни, которыя выполняли доселѣ надъ живыми, не были въ состояніи истребить преступленій или покрайней мѣрѣ значительно уменьшить ихъ; слѣдовательно еще менѣе можно ожидать этаго отъ наказаній надъ мертвыми. Нельзя, конечно, отрицать, что есть и такіе люди, которые дорожатъ добрымъ именемъ и по смерти. Но эти люди и безъ того удержатся отъ преступленій. Имъ ненужно, слѣдовательно, угрожать наказаніемъ по смерти. Наказаніе, совершаемое надъ трупомъ, есть, обыкновенно, зрѣлище для черни, и Государство, которое выполняетъ его, выставляетъ такимъ образомъ напоказъ свое безсиліе. Оно не могло наказать преступника, когда онъ былъ живъ; поэтому хочетъ отомстить ему по крайней мѣрѣ по смерти (254)!

2. Неизлѣчимое сумашествіе.

Что сумашедшій не можетъ совершать преступленій и слѣдовательно подлежать наказанію, это очевидно, — но относится не сюда, а къ ученію о вмѣненіи. Здѣсь же вопросъ состоитъ въ томъ: должно ли исполнять наказаніе и тогда, когда кто совершаетъ преступленіе въ полномъ умѣ, а потомъ теряетъ его? — На этотъ вопросъ нѣкоторые писатели отвѣчаютъ утвердительно. Кто совер-

шилъ преступленіе въ цѣломъ умѣ, говорятъ, тому обстоятельство, что онъ послѣ помѣшался, не можетъ служить извиненіемъ; поэтому надъ нимъ и должно быть выполнено законноопредѣленное наказаніе (255). — Представляется, однакожъ, что тѣ же самыя причины, которыя препятствуютъ наказывать мертваго, препятствуютъ наказывать и помѣшавшагося. Первое, на что должно обращать вниманіе при наказаніи, есть самъ преступникъ; но какое значеніе оно могло бы имѣть для помѣшавшагося? Да и по отношенію къ другимъ наказаніе помѣшавшагося было бы совершенно безполезно и возбудило бы скорѣе негодованіе противъ мучителей и состраданіе къ жертвѣ, нежели страхъ (256). — Сомнительно, однакожъ, какъ должно поступать тогда, когда преступникъ имѣетъ т. н. свѣтлые промежутки? — Въ это время, говоритъ Клейншродъ, наказаніе, безъ всякаго сомнѣнія, можетъ быть выполняемо; только должно остерегаться, чтобы отъ исполненія сумашествіе не возвратилось, чего, особенно, можно опасаться при тѣлесныхъ наказаніяхъ, которыя, поэтому, и должны быть уменьшаемы (257). — Но по нашему мнѣнію и въ этомъ состояніи препятствуетъ наказанію, вопервыхъ, уже и то обстоятельство, о которомъ говоритъ Клейншродъ и которое весьма важно, а вовторыхъ то, что дѣйствительность свѣтлаго промежутка рѣдко мо-

жетъ быть доказана съ такою несомнѣнностію, которая необходима для того, чтобы приступить къ наказанію сумашедшаго; но и если бы она могла быть доказана, то втретьихъ lucidum intervallum все не есть еще полное выздоровленіе, а только состояніе среднее между болѣзненнымъ и здоровымъ, отъ чего и называется этимъ именемъ. — Въ свѣтломъ промежуткѣ прекращается только внѣшнее проявленіе болѣзни, но болѣзнь продолжается. Если меня сегодня бьетъ лихорадка, завтра нѣтъ, а послѣ завтра я опять страдаю ею, то значитъ ли это, что наканунѣ я былъ совершенно здоровъ? Тоже должно сказать и о свѣтлыхъ промежуткахъ сумашедшихъ. И въ это время они больны, но не въ той только степени, какъ въ другое. Слѣдовательно и въ lucidum intervallum наказаніе не можетъ быть выполняемо надъ помѣшавшимся, тѣмъ болѣе, что и при всякой другой болѣзни оно, обыкновенно, отлагается до совершеннаго выздоровленія (258).

### 3. Уже понесенное наказаніе.

Что дважды нельзя наказывать за одно и то же преступленіе, и это такъ же очевидно и не требуетъ никакихъ доказательствъ. Кто, слѣдовательно, по суду наказанъ, того, хотя бы и оказалось послѣ, что наказаніе, понесенное имъ, недостаточно, не-

льзя уже наказывать въ другой разъ за тоже преступленіе. Это разумѣется не только о томъ наказаніи, которое опредѣлено отечественнымъ судомъ, но и иностраннымъ, когда т. е. преступленіе совершено въ иностранномъ Гусударствѣ. Дѣйствительно, никакъ нельзя одобрить того, что нѣкоторые криминалисты присвояютъ, отечественному Государству, право наказывать и тогда, когда его подданный уже понесъ наказаніе за преступленіе, совершенное имъ въ иностранномъ Государствѣ, но это наказаніе содержитъ въ себѣ меньшее зло противъ того, которое бы онъ долженъ былъ потерпѣть по отечественнымъ законамъ (259).

Это мнѣніе опровергается уже и тѣмъ, говоритъ Аббегъ, что, въ этомъ случаѣ, отечество преступника, говоря строго, и вообще не имѣетъ никакого права на наказаніе. Оно принадлежитъ только тому Государству, въ которомъ преступленіе совершено и которому преступникъ, на время пребыванія своего, былъ подчиненъ, какъ временный подданный. Съ этимъ, однакожъ, не соглашаются защитники вышеупомянутаго мнѣнія и утверждаютъ, что подданный Государства подчиняется отечественнымъ законамъ вездѣ, гдѣ бы онъ ни былъ. Но никто еще не принялъ на себя труда доказать, что уголов-

ные законы, дѣйствительно, обязательны и для тѣхъ, которые живутъ внѣ предѣловъ Государства. Напротивъ, большею частію, принимаютъ это положеніе за доказанное. Если бы отечественные законы подданный носилъ съ собою повсюду, подобно тому, какъ это было въ среднихъ вѣкахъ, то онъ былъ бы, въ одно и то же время, подчиненъ законамъ двухъ Государствъ, которые, по различію мѣстныхъ и политическихъ обстоятельствъ, очевидно, не могли бы быть одинаковы и слѣд. иногда противорѣчили другъ другу. Подданный извѣстнаго Государства, котораго обидѣлъ въ другомъ Государствѣ его одноземецъ, не находился подъ защитою законовъ своего отечества и обидчикъ не нарушалъ ихъ. Государство не можетъ сдѣлать того, чтобы его законы дѣйствовали внѣ его предѣловъ потому, что его власть не простирается такъ далеко, и если, не смотря на это, оно наказываетъ своего подданнаго, который, совершивши преступленіе, возвращается въ отечество, то это, говоря строго, не есть наказаніе. Объ немъ, слѣд. и не должно говорить, когда, по политическимъ причинамъ, преступнику причиняется какое нибудь зло; Государство не имѣетъ, въ этомъ случаѣ, ни права ни обязанности къ наказанію. Но и кромѣ того вышеупомянутое мнѣніе и недостойно Государства. Государство не можетъ такъ вычислять

и часто едва ли бы можно было найти и самый масштабъ для вычисленія, напр. когда бы въ одномъ мѣстѣ назначено было за преступленіе лишеніе свободы, а въ другомъ смертная казнь. Понесенное наказаніе всегда да уничтожаетъ преступленіе всесовершенно; дополненіе его никогда не можетъ быть справедливо (260).

Послѣднее обстоятельство и есть настоящее основаніе, почему понесенное наказаніе никогда не можетъ быть дополняемо, но должно всегда уничтожать преступленіе. — Не низкая месть руководствуетъ Государствомъ, когда оно наказываетъ преступниковъ, но горестная необходимость. Поэтому, оно въ то же самое время, какъ наказываетъ преступника, и сострадаетъ объ немъ, и если можетъ соединить требованія справедливости съ милосердіемъ, то съ радостію дѣлаетъ это. Но разбираемый нами случай есть одинъ изъ тѣхъ, гдѣ милосердіе не только возможно, но и необходимо потому, что трудно, дѣйствительно и даже, большею частію, и невозможно, пріискать такой масштабъ, посредствомъ котораго можно бы было опредѣлять съ надлежащею точностію, чего именно недостаетъ въ понесенномъ наказаніи для того, чтобъ оно вполнѣ соотвѣтствовало преступленію. Притомъ такое строгое уравненіе наказанія съ преступленіемъ да-

же и не есть, какъ мы видѣли, обязанность Государства, но оно можетъ и не заботиться объ немъ, когда, по временнымъ и мѣстнымъ обстоятельствамъ, для него достаточно и меньшее удовлетвореніе. — Что же касается до другаго доказательства, которое приводитъ Аббегъ, то мы, къ сожалѣнію, не можемъ воспользоваться имъ потому, что имѣемъ совсѣмъ другой взглядъ на уголовные законы. По нашему мнѣнію, они совсѣмъ не такъ мѣстны, какъ думаетъ этотъ писатель. Предметъ ихъ составляютъ не частныя, чисто-положительныя отношенія, но общія человѣческія права и обязанности, которыя уважаются всѣми просвѣщенными народами. Поэтому, въ то самое время, какъ преступленіе совершается въ нарушеніе извѣстнаго уголовнаго законодательства, оно, большею частію, содержитъ въ себѣ вмѣстѣ и нарушеніе всѣхъ другихъ положительныхъ законодательствъ. Слѣдовательно Forum delicti commissi, въ дѣлахъ уголовныхъ, не можетъ совершенно исключать Forum domicilii. Первое имѣетъ только преимущество предъ послѣднимъ, но послѣднее всегда можетъ, въ недостаткѣ перваго, заступать его. Иначе, чтобы избавиться отъ заслуженнаго наказанія, стоило бы только совершить преступленіе въ одномъ Государствѣ и бѣжать въ другое, — уловка, которая бы, всего опаснѣе, могла быть въ мѣстахъ пограничныхъ. Но этаго

не признаетъ ни одно Государство и обыкновенно считаетъ себя въ правѣ преслѣдывать и наказывать и такихъ преступниковъ. Откуда же это право? Только по началамъ теоріи устрашенія въ смыслѣ Фейербаха могло бы быть оспорено это право, но Аббегъ держится теоріи справедливости. Поэтому даже и непонятно, какимъ образомъ онъ могъ дойти до подобнаго мнѣнія.

4. Давность.

Съ перваго взгляда представляется страннымъ, почему бы преступленіе, которое не сдѣлалось гласнымъ въ теченіи извѣстнаго времени, должно было оставаться безъ всякаго наказанія; это, однакожъ, признаютъ всѣ законодательства, въ особенности, когда преступникъ, во все это время, велъ безукоризненную жизнь. — Долгое время и ни одинъ писатель не оспоривалъ этаго такъ, что, до самаго конца прошедшаго столѣтія, уголовная давность имѣла только защитниковъ и ни одного врага. Если и не первый, то одинъ изъ первыхъ возсталъ противъ нее, въ 1788 г., Эрнстъ Фридрихъ Галлахеръ, къ которому пристали вскорѣ и многіе другіе. Чтобы судить, на чьей сторонѣ справедливость, выслушаемъ какъ защитниковъ, такъ и противниковъ.

a) Самое обыкновенное доказательство, которое приводится въ пользу уголовной давности ея защитниками, состоитъ въ томъ, что по прошествіи долгаго времени доказательства, которыми бы могла быть доказана виновность преступника, теряются, да и само преступленіе становится сомнительнымъ отъ того, что уничтожаются слѣды его.

Противъ этаго доказательства противники уголовной давности, замѣчаютъ слѣдующее: а) такимъ образомъ могла бы быть объяснена давность 20-лѣтняя, но не 5 и даже не 8-лѣтняя, которую признаютъ нѣкоторыя законодательства по отношенію къ нѣкоторымъ преступленіямъ, какъ на пр. Римское и Баварское потому, что если доказательства преступленія и могутъ уничтожаться, то развѣ въ теченіи долгаго времени. Но и b) по прошествіи долгаго времени, онѣ, хотя и могутъ уничтожаться, но не всегда и непремѣнно. Напротивъ, иногда и доказательство такихъ преступленій, которыя совершены за долгое время, можетъ быть сопряжено, по крайней мѣрѣ, не съ большими трудностями, нежели тѣхъ, которыя совершены только за нѣсколько дней. На эти случаи дѣйствіе давности, слѣдовательно, не должно бы было простираться. — Противъ этаго, говорятъ, правда, что такъ какъ

преступленія, давно совершенныя, большею частію, доказываются только съ большимъ трудомъ, то дабы не унизить себя въ глазахъ народа безуспѣшными, часто повторяемыми попытками къ обнаруженію подобныхъ дѣлъ, для Государства можетъ быть важно возвысить на степень общаго правила то, что, на самомъ дѣлѣ, относится только къ нѣкоторымъ случаямъ. — Но почему бы тогда не разпространить дѣйствія этаго правила и на такія преступленія, которыя, хотя и недавно совершены, но такъ сомнительны, что и съ большимъ трудомъ едва могутъ быть доказаны? Этаго не дѣлаетъ, однакожъ, ни одно Законодательство, напротивъ, всѣ требуютъ, чтобы въ этихъ случаяхъ слѣдствіе всегда было производимо, хотя бы даже и не было совершенно никакой надежды на успѣхъ. Слѣдовательно тому, что оно удерживается отъ слѣдствія въ дѣлахъ, давно совершенныхъ, должна быть другая причина. — Наконецъ с) если предположить, что по прошествіи долгаго времени доказательства преступленія, дѣйствительно, всегда и непремѣнно теряются, то и тогда бы давность не была необходима, чтобы освободить преступника отъ наказанія. Безъ доказательствъ и вообще никого нельзя наказывать, слѣд. не только того, кѣмъ преступленіе совершено давно, но и того, кто совершилъ его недавно. — Замѣчаютъ, однакожъ, что и въ этомъ случаѣ давность не была бы во-

все излишня. Гдѣ она не предписана, тамъ судья, очевидно, былъ бы обязанъ производить слѣдствіе по преступленію и тогда, когда бы, по недостатку доказательствъ, которыя уничтожились отъ времени, и не могъ ожидать отъ него никакого успѣха. — Но какая была бы отъ этаго польза? Или чтобы потерпѣлъ чрезъ это преступникъ? Слѣдствіе, въ этомъ случаѣ, очевидно, могло бы быть только общее, слѣд. не направленное противъ извѣстнаго лица, которое, какъ неоскорбительное ни для чьей чести, только и можетъ быть начинаемо безъ доказательствъ.

б) Сходно съ предидъущимъ и другое доказательство, которое такъ же приводится въ защиту уголовной давности нѣкоторыми писателями и состоитъ въ томъ, что по истеченіи долгаго времени для преступника дѣлается труднымъ доказательство особенныхъ обстоятельствъ, которыя или уменьшаютъ или же и вовсе уничтожаютъ его вину.

На это доказательство противники уголовной давности возражаютъ весьма основательно: а) невѣроятно, чтобы тоже самое время, которое пощадило доказательства противъ преступника, истребило именно тѣ, которые говорятъ въ его пользу. Но b) если бы это и бы-

ло вѣроятно, то кто виноватъ въ томъ? Если преступленіе было, дѣйствительно, совершено подъ вліяніемъ такихъ обстоятельствъ, то почему преступникъ не объявилъ объ этомъ Правительству заблаговременно, дабы оно могло изслѣдовать его дѣло по горячимъ слѣдамъ? Въ этомъ случаѣ раждается весьма основательное подозрѣніе на счетъ дѣйствительнаго существованія тѣхъ обстоятельствъ, о которыхъ такъ поздо разсказываетъ преступникъ. Слѣд. обстоятельство, что преступленіе совершено давно, должно здѣсь скорѣе служить къ обвиненію преступника, нежели быть полезнымъ для него въ какомъ бы то ни было отношеніи, особенно, если и самый законъ вмѣняетъ въ обязанность всякому, кто дѣлается преступникомъ по несчастному стеченію обстоятельствъ, немедленно доносить объ этомъ Правительству. — Тогда Правительство вправѣ принимать, что доносъ не сдѣланъ намѣренно и должно, если не наказывать прямо, то требовать доказательствъ справедливости поздняго оправданія, не принимая никакихъ отговорокъ.

в) Далѣе, уголовную давность оправдываютъ тѣмъ, что для Государства чрезвычайно важно облегчать для преступника, сколько то возможно, возвратъ на путь долга и порядка потому, что иначе, если бы и самая постоянно безукориз-

ненная жизнь въ теченіи многихъ лѣтъ, это вопіющее доказательство дѣятельнаго раскаянія, не умилостивляла уголовную власть, то тотъ, кто вовлеченъ въ преступленіе минутнымъ заблужденіемъ, никогда не былъ бы въ состояніи опять возвратиться на путь долга и слѣд. какъ бы вынужденъ былъ на новыя и новыя злодѣянія.

Въ самомъ дѣлѣ, съ перваго взгляда представляется слишкомъ жестокимъ подвергать наказанію за преступленіе, можетъ быть совершенное невольно, того, кто старался искупить его постоянно безпорочною жизнію въ теченіи многихъ лѣтъ. Его простилъ бы вѣроятно и самъ Богъ; неужели же люди должны быть къ нему строже? Всякое публичное наказаніе болѣе или менѣе сопряжено съ потерею чести. Слѣдовательно, если бы отъ него не могла освобождать и продолжительная безпорочная жизнь, то совершивши однажды преступленіе, для человѣка не было бы уже никакого побужденія снова сдѣлаться добродѣтельнымъ. Тогда бы онъ необходимо долженъ былъ впасть въ отчаяніе и въ ожиданіи неизбѣжнаго ранняго или поздняго позора, слѣд. не имѣя уже ничего терять, болѣе и болѣе углубляться въ бездну порока, куда попалъ сперва только случайно.

Прекрасно, а) однакожъ, говоритъ противъ этаго Оерстедъ: кто ощущаетъ въ себѣ потребность исправленія и чувствуетъ нужду въ дѣятельномъ раскаяніи, тотъ найдетъ довольно побужденія къ тому и въ ежедневно возрастающей въ теченіи времени невѣроятности быть открытымъ и въ надеждѣ на помилованіе. Слѣдовательно для него давность вовсе ненужна. Гдѣ, поэтому, какъ въ Баваріи, надежда на помилованіе, въ случаѣ постоянно доброй жизни въ теченіи долгаго времени, упрочена за преступникомъ и въ самомъ дѣйствующемъ Законодательствѣ, тамъ сдѣлано все, что только можно было сдѣлать для того, чтобы поощрить его къ исправленію, когда онъ чувствуетъ нужду въ томъ. Притомъ b) исправленіе преступника есть только второстепенная цѣль наказанія и потому тамъ, гдѣ идетъ дѣло объ обсужденіи цѣлесообразности уголовныхъ постановленій, не можетъ имѣть слишкомъ большаго вѣса.

Тоже должно сказать и о томъ доказательствѣ, что будто бы истеченіе долгаго времени отъ совершенія преступленія свидѣтельствуетъ о исправленіи преступника.

Исправленіе есть ли главная цѣль наказанія? И если и принять это, то откуда можно знать,

что исправленіе, дѣйствительно, послѣдовало, что оно есть непритворное, что новаго преступленія, дѣйствительно, несовершено въ теченіи времени или что несовершеніе произошло не отъ послѣдовавшаго, между тѣмъ, исправленія, а единственно отъ того, что преступникъ не имѣлъ никакой нужды въ новомъ преступленіи, достигши уже и первымъ своихъ цѣлей. А. желаетъ разбогатѣть; для этаго убиваетъ Б., который имѣетъ при себѣ большую сумму денегъ. Овладѣвши этою суммою, убійца живетъ честно, даже дѣлаетъ значительныя пожертвованія. Почему? Неужели потому, что онъ исправился? Или не скорѣе ли потому, что преступленіе ему уже ненужно? Иначе бы онъ едвали бы сталъ пользоваться плодами преступленія.

Сюда же относится и мнѣніе Энгау, который полагаетъ, что для преступника довольно и тѣхъ мученій и терзаній совѣсти, которыя онъ терпитъ до самаго конца давности и которыя во все это время особенно нестерпимы потому, что съ ними, обыкновенно, соединяется и страхъ быть открытымъ прежде времени.

Это доказательство, говоритъ Труммеръ, очевидно, основывается на совершенно негодной

теоріи, которая разсуждаетъ объ уголовномъ правѣ, отвлекая отъ Государства.

Но и еще страннѣе, по замѣчанію этаго же писателя, то мнѣніе, которое принимаетъ, что о преступникѣ, который по совершеніи преступленія живетъ честно, должно думать, что онъ совершилъ преступленіе по одной неосторожности. Развѣ преступленіе неосторожное не подлежитъ никакому наказанію?

г) Еще думаютъ нѣкоторые, что давность признается потому, что по прошествіи многихъ лѣтъ преступленіе забывается, почему Государство и не имѣетъ большаго интереса выводить его наружу.

Хотя и должно сознаться, замѣчаетъ противъ этаго мнѣнія Оерстедъ, что позднѣйшее открытіе и наказаніе преступленій не въ такой мѣрѣ содѣйствуетъ къ достиженію цѣли уголовныхъ законовъ, какъ то, которое слѣдуетъ по пятамъ за преступленіемъ, все, однакожъ, законъ менѣе терпитъ отъ того, что наказаніе приходитъ поздо, нежели, если бы оно вовсе было оставлено. Если отъ мести карающаго правосудія не ускользаетъ и тотъ преступникъ, который долго умѣлъ укрываться отъ него, то это самымъ лучшимъ образомъ доказываетъ, что законъ угрожаетъ не на-

прасно; это раждаетъ увѣренность, что если наказаніе и часто не слѣдуетъ тотчасъ за преступленіемъ, никогда, однакожъ, не оставляется совершенно. Такимъ образомъ и позднее наказаніе содѣйствуетъ къ достиженію цѣли уголовныхъ законовъ, которая бы достигалась всегда, если бы ей не противодѣйствовала надежда ненаказанности. Когда же, напротивъ, законодательство прямо говоритъ преступнику, что, если онъ съумѣетъ скрыть опредѣленное время свое преступленіе, то Государство уже не будетъ наказывать его, хотя бы оно и вышло послѣ наружу, то отъ этаго надежда ненаказанности, очевидно, получаетъ новую пищу и устрашающая сила законовъ уменьшается. Притомъ едва ли справедливо, чтобы преступленіе по прошествіи даже долгаго времени всегда было забываемо. Тайное, но доселѣ ненаказанное убійство или зажигательство нерѣдко можетъ быть припамятовано даже и по прошествіи 20 лѣтъ въ странѣ, гдѣ оно совершено, и подать поводъ къ разнаго рода замѣчаніямъ и толкамъ о томъ, какъ подобное злодѣяніе могло пройти безъ наказанія. Когда же, наконецъ, повсюду разойдется слухъ, что Правительству удалось открыть слѣды преступника, то воспоминаніе это дѣлается живѣе; впечатлѣніе, которое сдѣлано преступленіемъ, когда оно стало извѣстно въ первый разъ, снова получаетъ прежнюю силу, и если бы, въ этомъ

случаѣ, Правительство тѣмъ не менѣе оставило преступника въ покоѣ и даже не лишило его не только чести, но и гражданскихъ почестей, которыхъ онъ умѣлъ, между тѣмъ, сдѣлаться достойнымъ, то конечно отъ этаго много бы потерпѣло карающее правосудіе, между тѣмъ какъ, напротивъ, оно бы столько же выиграло, если бы преступникъ палъ подъ остріемъ его меча, отъ котораго ему удалось спасаться долгое время.

Замѣчаніе Оерстеда, какъ очевидно само собою, выводится изъ началъ теоріи устрашенія, которая полагаетъ главную цѣль наказанія въ устрашеніи отъ преступленій, посредствомъ предварительнаго угроженія имъ въ законѣ, всѣхъ вообще гражданъ, какъ возможныхъ преступниковъ. Отъ этаго-то онъ и стоитъ такъ ревностно за исполненіе этаго угроженія въ случаѣ, когда оно само оказывается недѣйствительнымъ потому, что если Государство, издавая уголовные законы, въ самомъ дѣлѣ, не имѣетъ никакой другой цѣли, кромѣ устрашенія, то оно само бы подрывало ихъ силу, если бы, сколько то возможно, не сокращало число тѣхъ случаевъ, въ которыхъ за неповиновеніемъ угроженію не слѣдовало бы его исполненіе. Угроженіе, которое не исполняется, какъ скоро его не слушаютъ, есть пустое и тѣмъ пустѣе оно становится, чѣмъ чаще его не слушаются. — Слѣдовательно

замѣчаніе Оерстеда прямо вытекаетъ изъ началъ его теоріи. Но писатели, которые объясняютъ давность вышеупомянутымъ образомъ, не раздѣляютъ съ Орстедомъ его мнѣнія о существѣ наказанія, но принимаютъ, что единственная причина, почему Государство наказываетъ преступленія, заключается въ томъ, что они угрожаютъ ему опасностію. Только тогда, поэтому, и есть, по ихъ мнѣнію, основаніе къ наказанію, когда опасность эта, дѣйствительно, существуетъ. Но преступленія, давно совершенныя, неопасны для Государства. Поэтому оно и не имѣетъ никакого интереса наказывать ихъ. — Но всегда ли, дѣйствительно, преступленія, давно совершенныя, неопасны *для* Государства? Представимъ себѣ, что и по прошествіи долгаго времени преступленіе не забыто совершенно, что омерзѣніе къ нему вдругъ получаетъ новую силу, вслѣдствіе распространенія слуха, что Правительству удалось, наконецъ, открыть его виновника, который притомъ оказывается виновнымъ и во многихъ другихъ преступленіяхъ; неужели и въ этомъ случаѣ нѣтъ никакой опасности оставить преступника безъ всякаго наказанія? Но и когда преступленіе въ теченіи времени забывается совершенно и преступникъ, совершившій его, живетъ потомъ хорошо, однакожъ, оно дѣлается гласнымъ, возбуждаетъ всеобщее негодованіе и подаетъ поводъ

ко всеобщему соблазну или шѣмъ, что для его сокрышія употреблены шакія средства, которыя, съ одной стороны, обличающъ въ преступникѣ самую хитрую злобу, а съ другой, содержатъ въ себѣ явное посмѣяніе надъ бдительностію Правительства, или же и тѣмъ, что оно совершено человѣкомъ находившимся или и еще находящимся на такомъ постѣ, гдѣ всего менѣе привыкли встрѣчать злодѣевъ. И въ этомъ случаѣ преступленіе давно совершенное такъ же неопасно? Притомъ едва ли можно согласиться и съ тѣмъ, что опасность преступленія есть единственное условіе его наказанія.

д) Наконецъ послѣднее мнѣніе въ объясненіе уголовной давности есть то, что, въ большей части случаевъ, благо Государства требуетъ оставлять, безъ всякаго наказанія, преступленія, давно совершенныя.

Мнѣнія этаго держатся тѣ, которые и вообще думаютъ, что при наказаніи преступленій только и должно обращать вниманіе на то, требуетъ ли этаго общественное благо и слѣд. оставлять ихъ безъ всякаго наказанія, какъ скоро оно не требуетъ того. Оно очевидно совпадаетъ, въ существѣ своемъ, съ предъидущимъ и потому не требуетъ особаго опроверженія.

Доселѣ, слѣдовательно, справедливость на сторонѣ противниковъ уголовной давности. Неужели

же, въ самомъ дѣлѣ, она не можетъ быть ничѣмъ оправдана? Почему же иначе признаютъ ее всѣ положительныя законодательства? Самое сильное возраженіе, которое бы должно было сдѣлать противъ уголовной давности, прежде всѣхъ другихъ, есть, по нашему мнѣнію, то, что такъ какъ никакое время не въ состояніи сдѣлать дѣйствія преступнаго непреступнымъ и слѣд. уничтожить вину преступника, то представляется явно несправедливымъ освобождать отъ наказанія за преступленіе кого бы то ни было за то только, что онъ умѣлъ скрыть его въ теченіи извѣстнаго времени. Но съ другой стороны, хотя и правда, что справедливость должна быть постояннымъ правиломъ всякаго уголовнаго Законодательства, отсюда не слѣдуетъ, однакожъ, того, чтобы оно никогда и ни по какимъ причинамъ, не могло отступать отъ этаго правила. Кромѣ другихъ случаевъ, отступленіе это, въ особенности, необходимо тогда, когда есть основательное опасеніе, что отъ соблюденія справедливости могутъ скорѣе пострадать невинные, нежели виновные. Дѣйствительно, какъ ни священна для Государства обязанность быть строго правосуднымъ, но все лучше освободить даже десять виновныхъ, нежели подвергнуть опасности и одного невиннаго. Въ случаѣ же, если бы Государство преслѣдовало и наказывало и такія преступленія, которыя совершены давно,

невинные неизбѣжно бы терпѣли болѣе, нежели виновные. Съ этимъ вмѣстѣ открылось бы непремѣнно самое обширное поле для ябеды. Тогда бы, чтобы избавиться отъ врага или отомстить ему чувствительнымъ образомъ, стоило бы только взвести на него обвиненіе въ преступленіи, которое, будто бы, совершено имъ, на пр. за десять лѣтъ и подкупить свидѣтелей. Такъ какъ по прошествіи такого долгаго времени слѣды преступленія, дѣйствительно, обыкновенно уничтожаются, то не только трудно, но и весьма часто было бы и вовсе невозможно защититься противъ подобнаго обвиненія. Слѣдовательно, если бы Государство не признавало давности, то оно нерѣдко должно бы было обвинять невинныхъ наравнѣ съ виновными. И какъ бы горестно было положеніе гражданъ тогда, когда бы они могли опасаться, что на нихъ могутъ взвести обвиненіе и потребовать къ суду по преступленію, которое, будто, совершено ими за нѣсколько лѣтъ! Итакъ, чтобы защитить невинныхъ отъ злобы и коварства и съ тѣмъ вмѣстѣ пресѣчь ябеднические доносы въ самомъ корнѣ, всѣ Государства признавали и признаютъ силу давности и въ дѣлахъ уголовныхъ. И это онѣ должны дѣлать тѣмъ охотнѣе, что по прошествіи долгаго времени отъ совершенія преступленія и безъ давности имъ едвали бы удалось, по крайней мѣрѣ въ большей части случаевъ, совер-

шенно обличить виновнаго и слѣд. подвергнуть его заслуженному наказанію. Кто умѣлъ укрыться отъ бдительности Правительства при самомъ совершеніи преступленія и успѣлъ уничтожить слѣды его, когда они были еще свѣжи, тотъ вѣрно съумѣетъ обмануть его еще легче тогда, когда можетъ быть и самая память объ немъ уже исчезла совершенно. Даже и въ томъ рѣдкомъ случаѣ, когда бы время не изгладило совершенно слѣдовъ преступленія и живы были свидѣтели, которые знали прежде что нибудь объ немъ, все невозможно, чтобы первые были такъ ясны, какъ за десять лѣтъ, и чтобы память не измѣнила свидѣтелямъ, которыхъ, поэтому, легко довести до противорѣчій и такимъ образомъ ослабить силу ихъ показаній, а слѣды преступленія перетолковать иначе. Весьма благоразумно, поэтому, поступаютъ всѣ положительныя Законодательства, когда, признавая давность, отказываются отъ такихъ процессовъ, которые бы могли только служить ко вреду невинныхъ и рѣдко къ обличенію виновныхъ. Притомъ виновные и не остаются безъ всякаго наказанія. Десять или и болѣе лѣтъ постояннаго страха быть открытымъ и наказаннымъ, а слѣдовательно и обезчещеннымъ, развѣ ничего не значатъ, особенно, если преступникъ, во все это время, жилъ честно, старался загладить свое преступленіе постоянно безпорочною жизнію и

вслѣдствіе этаго сталъ снова доступенъ для чувства чести?

Что давность уголовная, дѣйствительно, введена изъ уваженія къ невиннымъ, а не къ виновному, это открывается и изъ Римскаго Права, откуда она перешла во всѣ положительныя Законодательства. У Римлянъ всякой уголовный процессъ, какъ извѣстно, начинался по частному обвиненію. Правило, нѣтъ истца, нѣтъ и отвѣтчика, имѣло у нихъ полную силу и въ уголовномъ правѣ. Отъ этаго свобода обвиненія была въ Римѣ, первоначально, по необходимости совершенно неограниченная. Того требовалъ интересъ общественный и должно сказать, что доколѣ Римлянинъ дорожилъ благомъ Государства болѣе всего, дотолѣ ложное обвиненіе было дѣло неслыханное. Но мало по малу мысль о благѣ общественномъ должна была уступить мѣсто расчетамъ мелкаго эгоизма. Тогда свобода обвиненія обратилась въ своеволіе и ею стали пользоваться на то, чтобы сбывать своихъ враговъ самою нискою клеветою. Такъ было, преимущественно, во время Императоровъ, которые и сами нерѣдко злоупотребляли свободою обвиненія. Желая обвинить своего врага, обвинитель откладывалъ свое обвиненіе до тѣхъ поръ, пока обвиняемый, вслѣдствіе смерти свидѣтелей или по другимъ обстоятельствамъ, терялъ дока-

затсльства своей невинности. И такъ, чтобы уничтожить это зло, Римляне придумали распространить дѣйствіе гражданской давности и на дѣла уголовныя. Правда, для нихъ это было легче и необходимѣе, нежели для насъ потому, что ихъ уголовный процессъ ничѣмъ существенно не отличался отъ гражданскаго и всякое уголовное дѣло начиналось только по частному обвиненію; но и у насъ частное обвиненіе такъ же играетъ немаловажную ролю подлѣ преслѣдованія ex officio и нашъ процессъ совсѣмъ не такъ много различенъ, на самомъ дѣлѣ, отъ обвинительнаго, какъ то представляется съ перваго взгляда (261).

5. Наконецъ послѣднее обстоятельство, вслѣдствіе котораго законноопредѣленное наказаніе можетъ быть оставляемо или совершенно или же и только отчасти, есть помилованіе.

Между тѣмъ какъ одни писатели превозносятъ право помилованія, какъ драгоцѣннѣйшій камень въ коронѣ Монарховъ, другіе безусловно отвергаютъ его. Оно основывается, говорятъ, на томъ предположеніи, что уголовные законы совершенно произвольны, а не раждаются изъ нравственныхъ потребностей народа и требованій справедливости. Имъ ослабляется спасительный страхъ наказанія и иногда самые важнѣйшіе интерессы приносятся

въ жертву личнымъ отношеніямъ. Оно ведетъ даже къ несправедливостямъ противъ частныхъ лицъ, которыя наказываются безъ милосердія за тѣ же самыя преступленія, за которыя другихъ не подвергаютъ никакому наказанію, или по крайней мѣрѣ наказываютъ несравненно снисходительнѣе, что и заставляетъ думать первыхъ, что угрозы, которыя содержатся въ уголовныхъ законахъ, на самомъ дѣлѣ, не такъ серьёзны, какъ то представляется. Отъ него терпитъ, наконецъ, и самое уваженіе къ уголовнымъ судебнымъ мѣстамъ и теряется вѣра въ безпристрастное и нелицепріятное отправленіе правосудія (262).

Всѣ эти возраженія могли произойти только отъ поверхностнаго взгляда на право помилованія, который останавливается на однихъ частныхъ случаяхъ и не хочетъ вникнуть въ самую сущность вещи. Отъ этаго оно и нимало не опровергается ими.

По чрезвычайному разнообразію обстоятельствъ, которыми сопутствуется преступленіе, когда оно осуществляется во внѣшнемъ дѣйствіи, никакой Законодатель не въ состояніи предвидѣть и слѣд. опредѣлить, въ своихъ законахъ, всѣхъ возможныхъ случаевъ. Отъ этаго, какъ бы подробенъ онъ ни былъ и въ исчисленіи обстоятельствъ,

изъ уваженія къ которымъ судья долженъ отступать отъ обыкновенной мѣры наказанія, все можетъ встрѣтиться случай, гдѣ maximum или minimum, какъ обыкновеннаго, такъ и чрезвычайнаго, увеличеннаго или уменьшеннаго наказанія, не можетъ быть приложимо. Чтобы рѣшить это противорѣчіе между закономъ и даннымъ случаемъ, необходимъ новый законъ, который можетъ выйти только отъ Верховной Власти. Весьма рѣдки могутъ быть, впрочемъ, случаи, въ которыхъ бы Законодатель принужденъ былъ издать новый законъ съ тѣмъ, чтобы возвысить опредѣленное въ старомъ законѣ наказаніе, которое представляется in concreto недостаточнымъ. Это, главнымъ образомъ, отъ того, что и Государь, только по самымъ важнымъ причинамъ, можетъ согласиться взять на себя важную отвѣтственность совершеннаго уравненія наказанія съ преступленіемъ, которое, притомъ, можетъ навлечь на него упрекъ въ жестокости. Гораздо чаще, напротивъ, могутъ встрѣчаться такіе случаи, въ которыхъ Законодатель поправляетъ жестокость закона in concreto, даже въ самомъ minimum, что онъ дѣлаетъ тѣмъ охотнѣе, чѣмъ это сообразнѣе съ его высокою обязанностію творить на землѣ судъ и правду (263). И этотъ актъ Монаршей власти называется помилованіемъ, которое, въ обширномъ смыслѣ, заключаетъ въ себѣ, какъ

право увеличивать, такъ и право уменьшать наказаніе и даже вовсе освобождать отъ него.

Что Монархъ можетъ миловать въ вышеупомянутомъ смыслѣ, это не подлежитъ никакому сомнѣнію и спору. Говорятъ только, что помилованіе этаго рода предполагаетъ жестокое или по крайней мѣрѣ весьма несовершенное уголовное законодательство и слѣдовательно становится совершенно ненужнымъ, какъ скоро Государство имѣетъ такіе уголовные законы, въ которыхъ всякое преступленіе и всякое видоизмѣненіе его находитъ приличное наказаніе, или по крайней мѣрѣ судебныя мѣста поставлены въ состояніе, руководствуясь данными въ законахъ правилами, находить соразмѣрное наказаніе для каждаго преступленія. — Но такое законодательство есть идеалъ, который никогда совершенно не можетъ быть осуществленъ. Какъ бы ни глубоко было обдумано и хорошо выполнено законодательство, но все можетъ случиться, что буква закона обнимаетъ и такіе случаи, которые были бы изъяты отъ его дѣйствія, если бы о нихъ подумали прежде. Но и кромѣ того, едва ли можетъ быть и полезно, при составленіи законовъ, обращать вниманіе на всѣ самые рѣдкіе и запутанные случаи, которые можно вообразить себѣ напередъ. Причины, вслѣдствіе которыхъ обыкновенное на-

казаніе можетъ быть увеличиваемо или уменьшаемо, такъ безчисленно разнообразны, что степень ихъ вліянія на наказаніе, въ особенности въ связи съ другими, увеличивающими или уменьшающими его обстоятельствами, никакъ не можетъ быть вычислена напередъ. Поэтому гораздо цѣлесообразнѣе, чтобы въ особенно рѣдкихъ и запутанныхъ случаяхъ самъ Законодатель опредѣлялъ степень наказанія. Такимъ образомъ, справедливый гнѣвъ напр. есть важное, смягчающее обстоятельство въ преступленіи смертоубійства, которое, поэтому, и самъ судья долженъ имѣть власть принимать въ соображеніе при опредѣленіи степени наказанія. Но и самая меньшая степень наказанія, которое законъ долженъ назначать за смертоубійство въ этомъ состояніи, очевидно, не можетъ быть слишкомъ легкая. Можетъ, однакожъ, случиться, что оскорбленіе, которое убитый сдѣлалъ убійцѣ, было такъ велико, что первый почти одинъ виновенъ въ своей смерти. Въ этомъ случаѣ виновный, очевидно, заслуживаетъ болѣе пощаду, нежели гдѣ оскорбленіе было менѣе. Баварское законодательство предписываетъ, поэтому, чтобы наказаніе неумышленнаго убійства, которое состоитъ вообще въ заключеніи въ смирительный домъ на неопредѣленное время, замѣнялось лишеніемъ свободы отъ 8 до 12 лѣтъ въ томъ случаѣ, когда убитый самъ подалъ поводъ къ убійству

оскорбительными для чести словами. Но такъ какъ и это наказаніе могло бы быть иногда жестоко, то Законодатель и предоставилъ себѣ право и на дальнѣйшее смягченіе, смотря по обстоятельствамъ (264).

Въ приведенномъ случаѣ и другихъ подобныхъ помилованіе есть, впрочемъ, не болѣе, какъ актъ справедливости, поправленіе закона, справедливаго вообще, но несправедливаго въ данномъ случаѣ. Но при извѣстныхъ обстоятельствахъ Монарху можетъ принадлежать, кромѣ того, и право миловать въ собственномъ смыслѣ этаго слова, т. е. освобождать отъ наказанія или же смягчать его и по причинѣ, которая нисколько не измѣняетъ степени виновности преступника.

Такою причиною можетъ быть, безъ всякаго сомнѣнія, на пр. слишкомъ большое число преступниковъ. Самъ Кантъ, который отвергаетъ право помилованія вообще, видитъ, однакожъ, въ этомъ обстоятельствѣ, достаточное основаніе къ помилованію. Въ подобныхъ случаяхъ помилованіе даже необходимо, если Государство не хочетъ отваживать своего существованія. Если бы Правительство, усмиривши бунтъ, потребовало къ отвѣту всѣхъ, которые принимали въ немъ участіе словомъ, совѣтомъ или даже дѣломъ, то это могло

бы иногда подать поводъ къ еще сильнѣйшему возмущенію. Въ этомъ случаѣ гораздо благоразумнѣе, поэтому, удовольствоваться наказаніемъ однихъ главныхъ виновниковъ, а прочихъ, которые изъявляютъ раскаяніе въ своемъ поступкѣ и стараются загладить его безусловною покорностію, простить. Притомъ, наказаніе тѣхъ, которые смиряются и съ трепетомъ ожидаютъ своей участи, походило бы, въ подобныхъ случаяхъ, на месть сильнаго надъ слабымъ. Но Государство имѣетъ всѣ средства быть великодушнымъ и его власть особенно тогда и является въ полномъ блескѣ, когда оно прощаетъ. Поэтому, низкая месть чужда ему; оно разитъ только непокорныхъ и сопротивляющихся.

Равнымъ образомъ нельзя безусловно порицать и того, когда Правительство, чтобы открыть опасную шайку преступниковъ, обѣщаетъ пощаду тому, кто, принадлежа къ ней, наведетъ на ея слѣдъ. — Противъ этаго говорятъ правда, что подобное обѣщаніе недостойно Государства потому, что расширяетъ и безъ того слишкомъ широкій путь къ злодѣянію. Если преступникъ знаетъ, что онъ можетъ избавиться отъ заслуженнаго наказанія, объявивши о своихъ сообщникахъ, то онъ тѣмъ смѣлѣе идетъ далѣе и далѣе по пути злодѣйства, и какъ скоро видитъ, что мечь правосудія уже виситъ надъ его головою, то объявляетъ

Правительству о своихъ товарищахъ и этою гнусною измѣною покупаетъ себѣ прощеніе или покрайней мѣрѣ пощаду. — Но едва ли можно утверждать вообще, что ни съ обязанностями ни съ достоинствомъ Государства не можетъ быть согласно пользоваться злодѣяніемъ для уничтоженія злодѣянія же и такимъ образомъ облегчать ходъ правосудія. Что одинъ изъ шайки, даже наиболѣе достойный наказанія, избѣжитъ его совершенно или и отчасти, это есть, безспорно, зло; но только въ рѣдкихъ и крайнихъ случаяхъ, — тогда, когда можно опасаться, что вся шайка избѣжитъ наказанія, можно и должно употреблять вышеупомянутое средство. Совершать преступленія въ надеждѣ избавиться отъ наказанія доносомъ о сообщникахъ, едва ли возможно, пока мѣра, о которой мы говоримъ, не возведена на степень общаго закона, но употребляется только въ случаѣ нужды. Кромѣ того и то уже имѣетъ свою пользу, если сообщники должны страшиться другъ друга.

Даже и то, что преступникъ оказалъ Государству значительныя услуги и подаетъ надежду къ новымъ своими отличными талантами, или что слѣдствіе и судъ по извѣстному преступленію можетъ подать поводъ ко всеобщему соблазну, такъ же, едва ли не можетъ служить основаніемъ къ помилованію.

Что касается до грубыхъ и гнусныхъ преступленій, то заслуги государственныя и отличныя способности, конечно, не должны служить основаніемъ къ прощенію; но когда заслуженный гражданинъ нарушаетъ законъ посредствомъ дѣйствія, не совсѣмъ предосудительнаго, только отъ излишней ревности, можетъ быть и увлеченный силою обстоятельствъ, тогда, кажется, даже было бы жестоко, изъ уваженія къ прежнимъ заслугамъ и въ надеждѣ на новыя, не помиловать его. Мы сомнѣваемся, поэтому, чтобы даже и тѣ, которые вообще оспориваютъ право помилованія, не одобрили того, если бы Монархъ простилъ полководца, который оказалъ Государству важныя услуги и въ геніи, опытности и испытанной вѣрности котораго Государство имѣетъ еще большую нужду, но который, съ добрымъ намѣреніемъ, нарушилъ предѣлы данной ему власти или впалъ въ погрѣшность отъ поспѣшности.

Такъ же, если преступленіе долго было сокрыто, но Правительству удалось узнать объ немъ и открыть и его виновника, который, между тѣмъ, успѣлъ пріобрѣсть, постоянно доброю жизнію, всеобщую любовь и уваженіе, даже оказать значительныя услуги многимъ семействамъ, Правительству, Государству; то, когда открытіе и изслѣдованіе его преступленія, которое ни-

кому, кромѣ Правительства, неизвѣстно, можетъ возбудить всеобщій соблазнъ и даже повредить, во многихъ отношеніяхъ, и самому Государству, гораздо благоразумнѣе вовсе не выводить дѣла наружу и предать его вѣчному забвенію (265).

Безспорно, что во всѣхъ вышепоименованныхъ случаяхъ правосудіе приносится въ жертву обстоятельствамъ, но, опять повторяемъ, какъ ни важна для Государства обязанность быть строго правосуднымъ, все она не такъ велика, чтобы оно должно было жертвовать, для выполненія ея, всѣмъ, что ни есть драгоцѣннаго, презирать всѣ отношенія и даже отваживать свое существованіе. Pereat mundus, fiat justitia не есть, поэтому, его правило.

Изъ сказаннаго открывается достаточно, что право помилованія, посредствомъ ли то уничтоженія всякаго судопроизводства по дѣлу (abolitio, амнистія), или посредствомъ освобожденія отъ назначеннаго по суду наказанія (aggratiatio, stricte sic dicta) или же и посредствомъ только облегченія его (mitigatio ex capite gratiae), не можетъ быть оспорено у Монарха, который, и дѣйствительно, пользуется имъ у всѣхъ народовъ къ ихъ собственному благу, во всѣхъ вышеозначенныхъ видахъ (266).

Разсуждая о помилованіи, нельзя умолчать о томъ случаѣ, когда преступникъ отказывается отъ оказываемой ему милости и проситъ, чтобы надъ нимъ выполнено было законноопредѣленное наказаніе, а не то, которое назначается ему, вмѣсто его, въ видѣ милости. Подобный случай можетъ встрѣтиться въ особенности тамъ, гдѣ законы еще не уничтожили членовредительныхъ наказаній, которыя, поэтому, и назначаются судебными мѣстами въ законноопредѣленныхъ случаяхъ, но всегда отмѣняются Государемъ, замѣняясь соразмѣрнымъ лишеніемъ свободы, какъ наказаніемъ, несравненно менѣе тяжкимъ, нежели членоповрежденіе. Но и кромѣ того, не невозможно и то, что приговоренный къ смерти преступникъ, котораго Государь освобождаетъ отъ этой казни и вмѣсто того осуждаетъ на заключеніе въ тюрьму или рабочій домъ, не желаетъ воспользоваться этимъ благодѣяніемъ, предпочитая смерть безчестной и бѣдственной жизни. — Съ перваго взгляда представляется, что въ подобныхъ случаяхъ, дѣйствительно, поступаютъ съ преступникомъ не совсѣмъ справедливо, заставляя его пользоваться благодѣяніемъ, котораго онъ не хочетъ; почему въ Норвегіи и сочтено за нужное предоставить ему, въ самыхъ законахъ, право отказываться отъ помилованія.

Причины, которыя, повидимому, говорятъ въ пользу этаго права, состоятъ въ слѣдующемъ:

а) Противный образъ дѣйствованія противорѣчитъ правилу: beneficia nemini obtruduntur.

б) Такъ какъ преступникъ, которому законъ угрожалъ за преступленіе, имъ совершенное, опредѣленнымъ наказаніемъ, пріобрѣлъ, чрезъ это, право не терпѣть никакого другаго, тягчайшаго наказанія, кромѣ того, которое только и могло входить въ его расчетъ при совершеніи преступленія; то справедливость не позволяетъ подвергать его другому наказанію, которое онъ, по своему субъективному взгляду, считаетъ болѣе тяжкимъ, нежели законное, хотя, по мнѣнію другихъ, оно и гораздо легче.

в) Трудно такъ же понять, какимъ бы образомъ могло способствовать къ достиженію цѣли уголовныхъ законовъ то, что виновный терпитъ такое наказаніе, о которомъ онъ не могъ имѣть представленія въ минуту рѣшимости на преступленіе и слѣд. которое не могло быть мотивомъ его дѣйствованія.

г) Наконецъ легко можетъ случиться, что Правительство, подъ предлогомъ помилованія, будетъ назначать тягчайшее наказаніе.

При болѣе внимательномъ разсмотрѣніи открывается, однакожъ, что всѣ эти доказательства, на самомъ дѣлѣ, совсѣмъ не такъ сильны, какъ то представляется съ перваго взгляда, и какъ, обыкновенно, думаютъ тѣ, которые приводятъ ихъ.

а. Если Государь милуетъ преступника, то дѣлаетъ это слишкомъ рѣдко только потому, что хочетъ оказать благодѣяніе самому преступнику; напротивъ, въ большей части случаевъ онъ милуетъ или отъ того, что считаетъ законно-опредѣленное наказаніе слишкомъ жестокимъ въ данномъ случаѣ или же отъ того, что находитъ это нужнымъ по особеннымъ обстоятельствамъ. Слѣдовательно, обстоятельство, что помилованіе бываетъ иногда вмѣстѣ и благодѣяніемъ, есть, въ большей части случаевъ, совершенно постороннее. Поэтому на положеніи, beneficia nemini obtruduntur, нельзя, покрайней мѣрѣ вообще, основывать права преступника отказываться отъ помилованія, когда оно представляется ему благодѣяніемъ.

б) Если преступникъ, совершая преступленіе, пріобрѣтаетъ право на большее наказаніе, то съ этимъ вмѣстѣ онъ необходимо пріобрѣтаетъ пра-

во и на меньшее, которое заключается въ большемъ. — Если же меньшее наказаніе не представляется ему меньшимъ, но большимъ, то Законодатель не виноватъ въ томъ. У всякаго свой взглядъ на вещи. Поэтому на то, кто какъ смотритъ на наказаніе, нельзя обращать вниманія. Иначе бы почти никогда невозможно было приводить въ исполненіе наказанія, которое опредѣляетъ законъ. Притомъ, какъ тогда, когда законъ наказываетъ преступника, онъ не хочетъ, какъ мы видѣли, сдѣлать ему зла, такъ и тогда, когда Законодатель милуетъ его, онъ рѣдко дѣлаетъ это, опять повторяемъ, для того, чтобы сдѣлать ему добро. Впрочемъ, если объяснять себѣ наказаніе такъ, какъ объясняетъ его Фейербахъ и вообще всѣ послѣдователи его теоріи, то, дѣйствительно, ни Законодатель не имѣетъ права назначать ни преступникъ обязанности переносить никакого другаго наказанія, кромѣ того, которое назначено въ законѣ. Но выводы изъ этой теоріи для насъ ничего не значатъ.

в) Поэтому намъ легко опровергнуть и то доказательство, что непонятно, какимъ бы образомъ наказаніе, которое не было угрожаемо напередъ и потому не могло быть мотивомъ дѣйствованія для преступника, могло способствовать къ достиженію цѣли уголовныхъ законовъ. И это до-

казательство, какъ очевидно само собою, заимствуется изъ началъ теоріи устрашенія. Поэтому Оерстедъ, который, какъ мы уже замѣчали выше, держится этой теоріи, и не умѣетъ отвѣчать противъ него ничего другаго, кромѣ того, что Законодатель долженъ для этаго принять за правило и потому объявить уже напередъ, что преступникъ, который заслужилъ по законамъ извѣстное наказаніе, съ этимъ вмѣстѣ заслуживаетъ и всякое другое, которое содержится въ законномъ наказаніи и которое Законодатель вздумалъ бы, вмѣсто его, назначить за преступленіе. — По началамъ теоріи устрашенія опровержение это можетъ быть, дѣйствительно, весьма важно, но для насъ не только оно, но и самое возраженіе рѣшительно не имѣетъ никакой важности. Ведетъ ли или не ведетъ къ какой нибудь цѣли наказаніе, для насъ это все равно. Равнымъ образомъ, при нашемъ взглядѣ на наказаніе не дѣлаетъ и то никакого различія, зналъ ли преступникъ, какое именно наказаніе онъ потерпитъ за свое преступленіе или нѣтъ, но только вообще сознавалъ, что его дѣйствіе преступно и слѣд. заслуживаетъ наказанія.

г) Не болѣе основательно, наконецъ, и опасеніе, что иногда, подъ предлогомъ помилованія, можетъ быть назначаемо строжайшее наказаніе. —

На это возраженіе мы дали отвѣтъ уже и выше, когда замѣтили, что и въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ Законодатель имѣетъ право увеличивать законноопредѣленное наказаніе, онъ едва ли согласится, безъ крайней нужды, пользоваться этимъ правомъ. Тѣмъ менѣе, слѣд. можно предполагать, чтобы онъ рѣшился назначить строжайшее наказаніе тогда, когда бы должно было назначить легчайшее (267).

И такъ, кажется, нѣтъ никакого основанія допускать, что преступникъ имѣетъ право избирать между законноопредѣленнымъ наказаніемъ и тѣмъ меньшимъ, которое, вмѣсто того, назначаетъ ему Законодатель.

VI. Въ ученіи, предложенномъ нами, мы высказали начала, которыхъ держатся, въ наше время, лучшіе криминалисты. Можетъ быть оно слишкомъ идеально, не совсѣмъ удобоосуществимо, но въ томъ и состоитъ задача науки, чтобы построить возможно совершенный идеалъ, къ которому по возможности должны приближаться положительныя законодательства. — Tant, que le Philosophe n'excède point les limites de la vérité, ne l'accusez pas, говоритъ Ciесъ, d'aller trop loin. Sa fonction est de marquer le but, il faut donc, qu'il y soit arrivé. Si restant en chemin, il osoit y élever son enseigne, elle pourroit être trompeuse.

Au contraire, le devoir de l'administrateur est de combiner et de graduer sa marche, suivant la nature des difficultés........ Si le Philosophe n'est au but, il ne sait, où il est; si l'administrateur ne voit le but, il ne sait, où il va (268).

( 1 ) Henke, Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik. Berlin und Stettin 1823 s. 413. (2) Abbeg, System der Criminalrechtswissenschaft. Königsberg 1826 s. 71. (3) Jarcke, Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Berlin 1827 Th. I. s. 308. (4) Henke. m. s. 491. (5) m. m. (6) Kleinschrod, Systematische Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts. Erlangen 1805, Th. III. s. 13. (7) m. m. s. 27. (8) m. m. s. 28. (9) Revision der Grundsätze........ Erfurt 1799, Th. II. s. 204. (10) m. s. 29. (11) Henke, m. s. 107. (12) Feuerbach, in der Bibliothek der peinlichen Rechtswissenschaft. Herborn und Hadamar 1798, Band. 1 St. 2 N. 1. и Revision der Grundsätze, Th. I. s. 78. (13) Rossy, traité de droit pénal. Bruxelles 1835 p. 145. (14) Рейцъ пер. Морошкина, Опытъ Исторіи. Москва. 1836 стр. 55. (15) Richter, das philosophische Strafrecht. Leipzig 1829 s. 182. (16) Feuerbach, Lehrbuch von Mittermayer. Giessen 1836 s. 25. (17) Schulze, Leitfaden der Entwickelung der philosophischen Principien........ Göttingen 1813 s. 316. (18) Henke, m. s. 64. (19) Goquet, de l'origine des lois.... Paris 1820 Th. III.

p. 28. (20) Pölitz, Staatswissenschaftliche Vorlesungen. Leipzig 1838 s. 43. (21) Henke, m. s. 106. Richter, m. s. 185. (22) Fichte, Grundlage des Naturrechts Th. II. s. 95. (23) Von Almendingen, Darstellung der rechtlichen Imputation. Giessen 1802 s. 148. (24) Henke, m. s. 494. (25) Bauer, Lehrbuch des Strafrechts. Göttingen 1833 s. 47. (26) Metaphysische Anfangsgründe.... s. 226. (27) Pölitz, m. s. 28. (28) Henke, über die wichtigsten Gegenstände der Strafrechtswissenschaft, in neuem Archiv des Criminalrechts. Halle 1821 B. v. s. 240. (29) Henke, Hndb. s. 498. (30) m. m. s. 495. (31) Schulze, m. s.325. (32) Pölitz. m. s. 33. (33) Henke, über die wichtigsten Gegenstände s. 244. (34) V. Almendingen, m. s. 32. (35) Kleinschrod, N. A. B. I. s. 13. (36) m. m. (37) Aelteres Archiv. Halle 1810 B. VII. s. 229. (38) V. Almendingen, m. s. 39. (39) Henke, über d. wich. Gegenst. s. 250. (40) m. m. s. 244. (41) Richter, m. s. 1. (42) Henke, Hndb. s. 120. (43) Heffter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts. Halle 1833 s. 127. (44) Henke, Hndb. s. 495. (45) Bauer, m. s. 124. (46) m. s. 126. (47) Revision s. 19. (48) Henke, Hndb. s. 513. (49) Grundriss e. Geschichte des deutschen peinlichen Rechts. Sulzbach 1809 Th. I. s. 35. (50) Jarcke. m. B. II. s. 9. (51) Henke, Hndb. s. 514. (52) Oersted, über die Grundregeln der Strafgesetzgebung. Kopenhagen 1818 § 19. (53) Bauer,

m. s. 128. (54) Henke, Hndb. s. 515. (55) m. m. s. 500. (56) Jarcke, m. s. 202. (57) m. m. (58) Heffter m. s. 111. (59) Feuerbach, Lehrbuch s. 64 u Betrachtungen über dolus u culpa in der Bibliothek s. 233. (60) m. m. (61) Weber, über die verschiedenen arten dolus, in N. A. B. VII. s. 571. (62) Henke, Hndb. s. 366. (63) m. Grundriss. s. 140. (64) Feuerbach, Lehrbuch s. 65. (65) Henke, Hndb. s. 366. (66) Jarcke, m. s. 194. (67) Henke, Hndb. s. 518. (68) m. m. (69) Nettelbladt de Homicidio.... Halae 1756 §§ 5, 6, 13. (70) Henke, Grundriss. s. 342. (71) de dolo indirecto homicidarum.... Rostock 1787. (72) Geist der peinlichen Gesetzgebung Frankfurt 1792. (73) m. s. 39. (74) Henke Grundriss. s. 342. (75) Bibliothek B. II. St. 1. s. 273. (76) m. (77) Abbeg System der Criminalrechtswissenschaft. Königsberg 1826 s. 45. (78) Henke, Hndb. s. 524. (79) m. m. (80) Meister, Bibliothek s. 247. (81) Von Almendingen, Bibliothek Th. II. s. 1. (82) Henke, Hndb. s. 520. (83) Feuerbach, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs. Giessen 1804 Th. II. s. 73. (84) Bauer, m. s. 97. (85) Kritik s. 44. (86) Henke, Hndb. 522. (87) Jarcke, m. s. 204. (88) Kritik s. 49. (89) m. m. (90) m. m. s. 46. (91) m. m. 264. (92) m. s. 263. (93) Oersted, m. s. 266. (94) m. s. 258. (95) m. s. 267. (96) m. s. 268. (97) Feuerbach, Bibliothek Th. II. St. I. s. 223. (98) Henke, Hndb. s. 534. (99) Jarcke,

18*

m. s. 316. (100) Henke, Hndb s. 535. (101) Hepp, Versuche über einzelne Lehren.... Heidelberg 1827 s. 309. (102) Henke, Hndb s. 257. (103) Oersted, m. s. 100. (104) haup. in der Schrift über das Wesen der Rechtswissenschaft. Regensburg 1804. s. 87. (105) N. A. s. 200. (106) Hndb. s. 569. (107) Hepp, m. s. 316. (108) Landrecht, Th. II. Tit. 20 § 43. (109) Strafgesetzbuch, Hauptstück 1. art. 7, 8. (110) Strafgesetzbuch, art. 38. (111) Hepp, m. s. 311. (112) Oersted, m. § 21. (113) Code pénal, art 2. (114) Feuerbach, Lehrbuch s. 47. Mittermayer, N. A. B. 1. s. 183. (115) m. (116) m. (117) Hndb s. 255. (118) m. p. 361. (119) N. A. B. IV. s. 104. (120) m. s. 164. (121) Hepp, m. s. 308. (122) m. s. 323. (123) m. (124) Vier Abhandlungen. Zürich 1822. s. 169. (125) Hepp, m. s. 328. (126) Zachariä, die Lehre vom Versuche. Göttingen 1836 s. 247. (127) m. m. s. 247. (128) Oersted, m. s. 164. (129) m. s. 169. (130) Bothmer, Begriff der Strafe. Berlin 1808 s. 123. (131) Richter, m. s. 3. (132) Zachariä, m. s. 245. (133) m. s. 172. (134) Zachariä, m. s. 248. (135) m. s. 172. (136) m. s. 250. (137) m. s. 172. (138) Oersted, m. s. 164. (139) Landrecht, Th. II. Tit. 20. s. 866. (140) Zachariä, m. s. 261. (141) m. m. s. 262. (142) m. s. 237. (143) Code pénal, art. 301 (144) Weber, N. A. B. IV. s. 24. (145) Henke, Hndb. s. 263. (146) Landrecht, Tit. 20 § 40. (147) Henke, Hndb.

s. 263. (148) m. s. 262. (149) Heffter, m. s. 79. (150) Heffter, Feuerbach и др. (151) Henke, Mittermayer, Salchow. (152) Mittermayer N. A. B. IV. s. 13. (153) Henke, Hndb. s. 255. Hepp, N. A. neue Folge St. II. s. 230. (154) Bauer, m. s. 106. (155) Zachariä, m. s. 222. (156) Hepp, im N. A. N. F. s. 241. (157) N. A. B. IV. s. 13. (158) Henke, Hndb. s. 265. (159) Jarcke, m. s. 224. (160) Salchow m. s. 91. (161) Henke, Hndb. s. 525. (162) Von Schirach, N. A. B. III. s. 415. (163) Henke, Hndb. s. 526. (164) Jarcke, m. s. 229. (165) Henke, Hndb. s. 527. (166) Fr. 6 D. ad leg. Jul. pecul. (167) Pr. Landr. Th. II. Tit. 20. Bajer. Strfg. art. 50. Oester. Strfg. § 5., 37. Code pén. art. 60. (168) m. art 46 m. § 5, m. (169) Св. Уг. Зак. ст. 118 и 119. (170) Heffter, m. s. 116. (171) Oersted, m. s. 393. (172) Sander N. A. N. F. st. III. s. 337. (173) Henke, Hndb. s. 619. (174) Oersted, m. s. 410. (175) Henke, Hndb. s. 625. (176) § 37. (177) art. 109. (178) Code d'instruction, art. 365. (179) ст. 23. (180) Th. II. Tit. 20. § 54. (181) Fr. 2. D. de pr. délictis. (182) Св. Угол. Зак. ст. 124. (183) Pr. Landr. Th. II. Tit. 20. § 52. Bajer. Strfg. Th. I. art. 92. Oesterr. § 37. (184) Gesterding N. A. B. V. s. 481. (185) Kleinschrod, Entwickelung s. 317. (186) Gesterding, m. (187) m. m. (188) Henke, Hndb. s. 359. (189) Oersted, m. s. 332. (190) m. m. s. 336. (191) m. m. s. 337. (192)

Julius, Gefängnisskunde. Berlin 1828 s. 262 ; 258. (193) Oersted, m. s. 337. (194) m. m. s. 333. (195) Kleinschrod, m. s. 302. (196) Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft. Giessen 1825 s. 88. (197) Entwickelung, Th. I. s. 318. (198) Henke, Hndb. s. 541. (199) Grolman, m. s. 87. (200) Oersted, m. s. 326. (201) Kleinschrod, m. Th. II. s. 181. Henke Hndb. s. 569 и др. (202) см. 122. (203) Rosshirt, Lehrbuch des Crrechts. Heidelberg 1821, s. 174. (204) напр. Баварское Th. I. §§ 19—21. (205) Salchow, m. s. 84. (206) Henke, Hndb. s. 543. (207) Kleinschrod, m. Th. II. s. 162. (208) Bibliothek, B. I. st. 1. s. 35. (209) Henke, Hndb. s. 313. (210) m. m. s. 544. (211) Oersted, m. s. 349. (212) Henke, Hndb. s. 545. (213) см. 126. (214) Henke, Hndb. s. 546. (215) m. m. s. 308. (216) см. 126. (217) Henke, Hndb., 546. (218) Kleinschrod, m. Th. I. s. 190. Th. II. s. 163. (219) Henke, Hndb. s. 548. (220) m. m. s. 218. (221) Henke, Hndb. s. 322. (222) m. m. s. 548. (223) Oersted, m. s. 355. (224) Henke, Hndb. s. 272. (225) Kleinschrod, m. Th. II. s. 236. (226) Oersted, m. s. 465. (227) m. Th. II. s. 271. (228) Oersted, m. s. 391. (229) m. Th. I. s. 311. (230) m. s. m. (231) m. m. s. 312. (232) Oersted, s. 459, 462. (233) m. m. s. 346. (234) m. m. s. 359. (235) m. Th. I. s. 278. (236) Oersted, m. s. 361. (237) Kleinschrod, m. Th. II. s. 251. (238) N. A. B. VI. s. 151. (239) N. A. B. III. s.

395. (240) Revision, Th. II. (241) Th. II. art. 244. (242) Entwickelung, Th. II. s. 225. (243) m. m. s. 232. (244) m. m. s. 276. (245) m. m. s. 266. (246) Oersted, m. s. 379. (247) Henke, Hndb. s. 580. (248) Lehrbuch, § 137. (249) Hepp, m. s. 142. Abbeg, Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft. Breslau 1830. s. 1—54. (250) Henke, Grundriss, Th. II. s. 366. (251) Hepp, m. s. 144. (252) Abbeg, Untersuch. (253) Oersted, s. 367. (254) Hepp, m. s. 158. (255) Tauber, de jure circa furiosos obtinente. Altorf. 1703. § 31. (256) Kleinschrod, Entwickelung Th. II. s. 167. (257) m. m. (258) Friedreich, N. A. B. XIV. s. 258. (259) Ueber die Bestrafung der im Auslande begangenen Verbrechen. Landshut 1819 s. 37. (260) m. m. (261) Trummer, Beyträge B. III. H. 2 s. 237. (262) Oersted, m. s. 454. (263) Henke, Hndb. s. 571. (264) Oersted, m. s. 455. (265) Trummer, m. s. 207. (266) Oersted, m. s. 462. (267) m. m. s. 463. (268) Henke, N. A. B. V. s. 258.

